Die Aufforderung zum Ungehorsam gegen Gesetze.

§ 110. R. St. G. B.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kaiser Wilhelms-Universität Strassburg

vorgelegt von

Carl Seitler
Schwäb. Gmünd.

Schwäb. Gmünd.
Buchdruckerei der Rems-Zeitung.
1913.

Referent: Professor Dr. Max Ernst Mayer.

Meinen lieben Eltern in Dankbarkeit!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548002_0123

Inhalts-Angabe.

I. Kapitel.

Allgemeines.

Seite

§ 1. Einleitung 1

§ 2. Entstehungsgeschichte des § 110 4

II. Kapitel.

Geltendes Recht.

A. Der Inhalt der Aufforderung.

a. Der Ungehorsam gegen die Gesetze:

§ 3. Gehorsam und Pflicht zum Gehorsam 8

§ 4. Die Gesetze als Gehorsamsnormen 17

§ 5. Die Normentheorien und § 110 23

§ 6. Die Ansicht des Reichsgerichts 31

§ 7. Ergebnis 38

b. Der Ungehorsam gegen die Verordnungen und Anordnungen:

§ 8. 39

B. Die Art und Weise der Aufforderung.

§ 9. Die Begriffe Aufforderung, Oeffentlichkeit, Menschenmenge, Verbreiten, Anschlagen usw. 43

§ 10. Die Vollendung des Delikts 53

§ 11. Der zum Delikt erforderliche Vorsatz 54

§ 12. Gegenstand des Delikts 56

§ 13. Das Verhältnis von § 110 zu § 111; die Aufforderung im Allgemeinen 58

§ 14. Streik, Anarchismus und § 110 65

III. Kapitel.

Künftiges Recht.

§ 15. Die Stellung des § 110 im Vorentwurf und Gegenentwurf zu einem deutschen St. G. B. 71

Literaturverzeichnis und Abkürzungen.

Begründungen zum V. E. : Begründungen zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches, besonderer Teil, 1909.

Beling : Grundzüge des Strafrechts, 1905.

Beling, L. v. V. : Beling, Lehre vom Verbrechen, 1906.

Bemerkungen zum O. V. E. : Erläuternde Bemerkungen zum Vorentwurf eines österreichischen Strafgesetzbuches vom September 1909, Wien 1910.

Berner : Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Auflage, 1898.

Binding, Normen : Binding, die Normen und ihre Uebertretung, 1. Auflage, Leipzig 1872, und Band 2, 1890.

Binding : Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 2. Auflage, Leipzig 1902, Band 2.

Bisoukides : Bisoukides, Der Hochverrat, Berlin 1909.

E. : Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Entwurf : Entwurf des Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund, 1869.

Frank : Frank, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 5.—7. Auflage 1908.

Frey : E. M. Frey, Strike und Strafrecht, Heidelberg 1906.

G. E. : Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches herausgegeben von Kahl, v. Lilienthal, v. Liszt und Goldschmidt.

Gerland, V. J. Schr. : Gerland in der kritischen Vierteljahrsschrift.

Geyer : Geyer, Grundriss des deutschen Strafrechts, Band 2.

Goldschmidt : Goldschmidt in: Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches, herausgegeben von Aschrott und v. Liszt, Band 2, Berlin 1910, S. 64 ff.

Goltdammer : Goltdammer, Materialien zum Strafgesetzbuch für die preuss Staaten, Teil 2, Berlin 1852.

Hälschner : Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht von 1881/87.

Hegler : Hegler, Internationales Strafrecht; in den strafrechtlichen Abhandlungen, herausgegeben von Beling, Heft 67.

Herbst : Herbst, Handbuch des allgemeinen österreich. Strafrechts, Band 1, Wien 1871.

Hurwicz : Hurwicz, Die Imperativentheorie und § 110, Reichsstrafgesetzbuch, Heidelberger Dissertation 1909.

John : John, Im Handbuch des deutschen Strafrechts, in Einzelbeiträgen, herausgeg. von v. Holtzendorff, Band 3, Berlin 1874.

Kelsen : Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen 1911.

Kitzinger : F. R. Kitzinger, Zu § 131 des Vorentwurfs in der Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft.

Klöppel : Klöppel, Das Reichspressrecht, Leipzig 1894.

Klöppel, Gesetz und Obrigkeit: Klöppel, Gesetz und Obrigkeit, Leipzig 1891.

Laband : Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 4. Auflage, Band 2, 1901.

v. Liszt : v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 14.—15. Auflage, Berlin 1905.

Loening : Loening R., im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 3. Auflage, Band 1, 1909. Artikel Arbeitsvertragsbruch Nr. 7.

Löwenfeld : Löwenfeld, Kontraktbruch und Koalitionsrecht im Archiv für sozialistische Gesetzgebung und Stat. NF., Band 3, Tübingen 1890.

Lutz : Lutz, Begriff der Oeffentlichkeit; in den strafrechtlichen Abhandlungen von Beling, Heft 36.

M. E. Mayer : M. E. Mayer, in den rechtsvergleichenden Darstellungen des deutschen und ausländischen Strafrechts, besonderer Teil, Band 1, S. 349 ff.

M. E. Mayer, Rechtsnormen : M. E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen in den strafrechtlichen Abhandlungen, herausgegeben von Beling, Heft 50, 1903.

Merkel : Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Stuttgart 1898.

Meyer-Allfeld : Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 6. Auflage.

Motive : Motive zum Entwurf des deutschen Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund, 1869.

O. V. E. : Vorentwurf zum österreichischen Strafgesetzbuch, Berlin 1909.

Oppenhoff-Delius : Oppenhoff-Delius, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch 1901.

Olshausen	: Olshausen, Kommentar zum R. St. G. B. 1905/6, bearbeitet von Zweig.
R. G.	: Reichsgericht.
Rüdorff-Stenglein	: Rüdorff-Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, herausgegeben von Stenglein 1906.
Sch. V. E.	: Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, Berlin 1909.
v. Schwarze	: v. Schwarze, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 2. Auflage, 1872.
Seuffert	: Seuffert, Anarchismus u. Strafrecht, Berlin 1899.
Silberberg	: Silberberg, § 111 in seinem Verhältnis zur Lehre von der Teilnahme, Erlanger Dissertation 1902.
Schulz	: R. Schulz. Der Widerstand gegen die auswärtige Staatsgewalt, Berliner Dissertation, 1881, Magdeburg.
Stooss	: Stooss, Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, Band 2, 1893.
V. E.	: Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Berlin 1909.
Z. St. W.	: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

I. Kapitel.

Allgemeines.

§ 1. Einleitung.

Die grosse Mehrzahl der Delikte unseres heutigen Strafgesetzbuches erfordert zu ihrer Vollendung einen dem Delikte eigentümlichen Erfolg in der Aussenwelt. Das volle Strafmass kann hier nur zur Anwendung gebracht werden, wenn der tatbestandsmässige Erfolg eingetreten ist. Das deliktische Verhalten des Täters darf also nicht im Stadium des Versuchs stecken geblieben sein oder sich nur als Vorbereitungshandlung dem urteilenden Richter erweisen.

Die übrigen Bestimmungen unseres Strafgesetzbuches enthalten Deliktstatbestände, in welchen nur eine bestimmte Art der Handlung des Täters unter Strafe gestellt ist, ohne Rücksicht auf die hieraus resultierenden Folgen, sodass letztere jedenfalls keinen Teil des Tatbestandes bilden, möglicherweise sogar völlig gleichgiltig sind.[1]) Die vollendete Handlung wirkt nicht nach aussen, d. h. sie hinterlässt keine Spuren in der Aussenwelt, der Tatbestand umfasst allein die Handlung des Täters, ohne den sich hieraus ergebenden ausserhalb des deliktischen Verhaltens des Täters liegenden Erfolg zu verlangen.

Unter die letztere Kategorie, welche in der strafrechtlichen Terminologie die Bezeichnung schlichte Tätigkeits- oder Formaldelikte, im Gegensatz zu den erstgenannten Erfolgs- oder Materialdelikten führt,[2]) ist neben einigen Uebertretungen[3]) die Aufforderung

[1]) Beling, Grundzüge S. 34.

[2]) So Beling. 203; Frank § 1; Olshausen; Meyer-Allfeld 29; dagegen v. Liszt § 28 II 1.

[3]) z. B. §§ 368 Ziff. 9; 367 Ziff. 10 R.St.G.B.

zum Ungehorsam gegen Gesetze und Verordnungen usw. (§ 110 R. St. G. B.) zu subsumieren. Um diese Subsumtion vornehmen zu können, ist erforderlich, dass man die sehr bestrittene Auffassung dieses Delikts als Versuch, Teilnahme oder als eine zum selbständigen Delikt erhobene Vorbereitungshandlung fallen lässt, und die Aufforderung im Sinne des § 110 als ein selbständiges Delikt betrachtet.[1])

Diese Art des Delikts, wie sein ganzer Inhalt überhaupt, lässt es zweifelhaft erscheinen, ob die heutige Rubrizierung des § 110 unter den Abschnitt „Widerstand gegen die Staatsgewalt" zutreffend ist. Den übrigen, in diesem Abschnitt enthaltenen Delikten ist nämlich in ihrem Tatbestand gemeinsam, dass sie sich weniger gegen die abstrakte Staatsautorität, als vielmehr gegen eine personifizierte staatliche Macht, gegen eine konkrete staatliche Executivgewalt richten, worauf auch die Ueberschrift des 6. Abschnittes des R. St. G. B. hinweist. Letzteres Erfordernis fehlt nun bei § 110. Der primäre und für die Voraussetzung der Strafbarkeit relevante Inhalt ist zwar der Ungehorsam gegen ein konkretes Gesetz oder eine konkrete Verordnung. Allein die ratio des § 110 und der Zweck seiner Existenz ist der Schutz der abstrakten Macht des Gesetzes. Das Gesetz ist im Rechtsstaat das über aller Staatsgewalt stehende und sie innervierende Element.

De lege ferenda macht jetzt der V. E. zum Strafgesetzbuch den Versuch, die §§ 110 und 111 in § 131 unter den Abschnitt „Verbrechen und Vergehen gegen die öffentliche Ordnung" unterzuordnen. Doch auch gegen diese Subsumtion sind Stimmen laut geworden.[2])

Durch die Vielartigkeit der einzelnen Tatbestandsbegriffe und ihrer nicht genaueren Präzisierung reiht sich Kontroverse an Kontroverse. In neuerer Zeit konzentrieren sich die Streitfragen und die verschiedenen Ansichten besonders auf den zweifelhaften Begriff „Ungehorsam gegen Gesetze und Verordnungen". Besonders in der Neuredigierung und Umarbeitung unseres geltenden Strafgesetzbuches wird diese Frage wieder brennend. Man ist bemüht, hier Klarheit in der Ausdrucksweise zu schaffen. Theorie und Praxis geben uns heute ein viel zu mannigfaltiges Bild der Auffassung und der Ansichten, um klar urteilen zu können. Jede

[1]) s. unten § 13 der Abhandlung.

[2]) Vergl. hiezu bes. Goldschmidt 66.

mögliche Behauptung findet ihre Begründung in der Literatur und gerade die gewaltsame Subsumtion von Civilrechssätzen *de lege lata* unter den Begriff „Gesetz" geschieht mit entsprechender Zwangsinterpretation.

Wir können zwei Grundansichten herausschälen, die ihre Hauptscheidung finden, je nach dem die Normen- bezw. Imperativentheorie oder die Autonomietheorie[1]) zu Grunde gelegt wird.

Die eine Ansicht, welche besonders auch vom R. G.[2]) vertreten wird, wird in der Literatur in verschiedener Weise zu begründen versucht; nach ihr soll jedes Gesetz, auch die Privatrechtssätze, unter § 110 subsumiert werden. Trotz aller Bemühungen, die in neuester Zeit von Seiten der Theoretiker unternommen werden, lässt sich das Reichsgericht zu einer anderen Auffassung nicht bekehren und fällt seine Entscheidung auch jetzt noch in der Richtung, dass es § 110 nur zur Anwendung bringen will, wenn die Aufforderung sich „gegen das Gesetz schlechthin", „gegen den abstrakten Autoritätswillen" richtet.[3])

Obwohl Binding[4]) meint, es sei weder leicht noch erfreulich, sich mit der vorhandenen Judikatur auseinander zu setzen, so möchte ich doch in dieser Abhandlung den Versuch machen, die wesentlichsten Gesichtspunkte, die in der Literatur und Judikatur über § 110 aufgestellt sind, hervorzuheben und zu ergänzen, um von der strittigen Materie ein klares Bild zu bekommen. Gleichzeitig möchte ich die Betrachtung des bereits vorhandenen Materials[5]) zu einem neuen Strafgesetzbuch im Zusammenhang mit dem österreichischen und schweizerischen Recht mit der Darstellung *de lege ferenda* verbinden.

Zur Vollständigkeit der Darstellung will ich nicht versäumen, eine kurze geschichtliche Entwicklung referierender Weise zu geben.

[1]) Vergl. Hurwicz 21.

[2]) Die Ansicht des R. G. wird im Resultat vertreten von Olshausen § 110 Nr. 17; Oppenhoff-Delius § 110 Nr. 1b; Rüdorff; Stenglein § 110 Nr. 11; Binding 848; Berner 386; Birkmeyer; Kloeppel 399; Rossmann; M. E. Mayer 368 ff.

Dagegen Loening 1188; Frank § 110 I; Frey 69; Goltdammer 112; v. Liszt 565; Meyer-Allfeld 567; v. Schwarze 318; John 101 Anm. 1; Seuffert 129; Hurwicz 30 ff.

[3]) E. des V. Strafsenats Urteil v. 5. Juni 1910 in der Z. St. W.

[4]) Binding 847, Anm. 1, Abs. 4.

[5]) Vergl. unten § 16 dieser Abhandlung.

Hiezu möchte ich bemerken, dass sich dieselbe nur soweit erstrecken wird, als sie grundlegend ist, speziell für § 110 R. St. G. B. Eine breitere historische Ausführung, die den Grundgedanken κατ' ἐξοχήν verfolgen würde, soweit sich derselbe in der Strafrechtsgeschichte überhaupt findet, möchte ich unterlassen. Dieselbe wäre auch ohne weitere einschneidende Bedeutung für unsere Abhandlung, da die ganze Fassung des § 110 auf moderner staatsrechtlicher und sozialpolitischer Grundlage ruht.

§ 2. Entstehungsgeschichte des § 110.[1])

Bei Betrachtung der Vorgeschichte des § 110 dürfen wir uns nicht auf unsere deutsche Rechtsentwicklung beschränken, sondern sind gezwungen, über die Grenze des deutschen Rechtsgebietes zu gehen.

Die ersten grundlegenden Bestimmungen, auf die unser heutiges Recht aufgebaut ist, finden wir in der Gesetzgebung Frankreichs,[2]) das sich im Jahre 1810 bereits wieder in einem politisch geordneten Zustande befindet. Der *code pénal* vom 22. Februar bis 2. März 1810[3]) enthält in Art. 201[4] die Gesetzesbestimmung:

> „*Si le discours contient une provocation directe à la désobéissance aux lois ou autre acte de l'autorité publique, . . . le ministre du culte, qui l'aura prononcé, sera puni . . .*"

Dieser sogenannte Kanzelparagraph bestraft die Aufforderung zum Ungehorsam gegen Gesetze und andere Vorschriften der öffentlichen Behörden, welche durch eine Predigt zum Ausdruck gebracht wird. Eine ähnliche Bestimmung enthält der Art. 205 aus demselben *code pénal*, der sich mit den Hirtenbriefen befasst.

Neben diesen Spezialbestimmungen, welche die Verletzung der Staatsautorität und Staatsordnung unter dem Vorwande der Religion unter Strafe stellen, tritt uns das generellere Delikt des Art. 217 aus demselben *code pénal* entgegen. Nach ihm wird die durch Reden, Plakate oder Druckschriften begangene öffentliche Aufforderung zur Rebellion bestraft, und zwar ist die Strafe verschieden, je nach dem die Aufforderung von Erfolg ist oder nicht. Im

[1]) Vergl. hiezu bes. Rossmann; M. E. Mayer, a. a. O.; Motive 1869; Goltdammer Materialien I zu § 87.

[2]) s. Motive 1869 S. 97.

[3]) Wilhelm Blanchard, Köln 1812 *code pénal* 2. Aufl.

[4]) Dieser Artikel fand Aufnahme im Bayr. St. G. B. v. 6. Mai 1813 Art. 325.

ersteren Falle soll der Aufforderer mit denselben Strafen bestraft werden, welche den Rebellen selbst treffen. Wenn die Aufforderung ohne Erfolg ist, soll eine Gefängnisstrafe von sechs Tagen bis zu einem Jahr eintreten.

Dieses Gesetz wurde aufgehoben durch ein Gesetz vom 17. Mai 1849:

„*Sur la repression des crimes et délits commis par voie de la presse ou par tout autre moyen du publication*".

Dieses Pressgesetz enthält in Art. 1 2 Bestimmungen über die Aufforderung zur Begehung von Verbrechen und Vergehen und in Art. 6[1]) eine solche, welche sich bloss auf den Ungehorsam gegen Gesetze bezieht. Diese Gesetze, welche für die Gesetzgebung Frankreichs auf diesem Gebiete grundlegend sind und auf die immer verwiesen wird, sind im Zusammenhang mit dem französischen Gesetz vom 9. September 1836, das sich speziell auf den Hochverrat bezieht, auch für die preussischen Vorschriften[2]) vorbildlich gewesen.

Zunächst war es in Preussen eine Verordnung vom 30. Juni 1849, welche in § 16 denjenigen mit Strafe bedrohte, welcher zum Ungehorsam gegen die Gesetze und Verordnungen oder gegen die Anordnungen der zuständigen Obrigkeit öffentlich auffordert oder anreizt usw. Diesen Vorschriften wurde bei der Prüfung in der Kommission der 2. Kammer[3]) ein Zusatz beigefügt, welcher die Glorifizierung von strafbaren Handlungen mit Strafe bedrohte. Er lautet:

> „Wer zum Ungehorsam . . . . auffordert, oder wer Handlungen, welche in den Gesetzen als Verbrechen oder Vergehen bezeichnet sind, durch öffentliche Rechtfertigung als erlaubt darstellt . . . . ."

Diese Verordnung blieb Kommissionsvorschlag und kam nicht zur Beratung in die Kammer. Dagegen nahm zunächst die Re-

[1]) Art. 6 lautet:

La provocation par l'un des mêmes moyens (wie in Art. 1/2), *à la désobéissance aux loix sera également punie des peines portées à l'article 3.*

[2]) Ueber die ähnlichen Vorschriften in den übrigen deutschen Partikularrechten vergl. bes. die Zusammenstellung bei Rossmann 54 und M. E. Mayer 351 Anm. 1.

[3]) Bericht der Kammer zur Prüfung der Verordnungen vom 30. Juni 1849 Nr. 524 der 2. Kammer 1849/50.

gierung die so veränderte und erweiterte Vorschrift in ein Pressgesetz auf. Es wurde hierbei eine abermalige Abänderung vorgenommen, durch welche in den Worten „Anordnungen der zuständigen Obrigkeit" das Wort „zuständig" wegfiel. Doch inzwischen war ein Entwurf eines Strafgesetzbuches für Preussen zur Beratung vorgelegt, in welchem sowohl die allgemeinen Bestimmungen der Verordnung als auch der Entwurf zu einem Pressgesetz aufgenommen worden war. Am 2. Mai 1851 wurde dann ein Pressgesetz publiziert, das aber die Bestimmung der Verordnung vom 30. Juni 1849 im Zusammenhang nicht enthält. Das preussische Strafgesetzbuch bestimmt dann in seiner endgiltigen Fassung in § 87:

> „Wer zum Ungehorsam gegen die Gesetze und Verordnungen oder gegen die Anordnungen der Obrigkeit öffentlich auffordert oder anreizt, oder wer Handlungen, welche in dem Gesetze als Verbrechen und Vergehen bezeichnet sind, durch öffentliche Rechtfertigung anpreist, wird mit Geldbusse bis zu 200 Talern oder mit Gefängnis von 4 Wochen bis zu 2 Jahren bestraft."

Bei der Abfassung des Wortlautes tauchten Schwierigkeiten auf, welche schon damals den Beweis für die Unsicherheit und Verschiedenheit der Auffassung der einzelnen Tatbestandsbegriffe und ihrer Abgrenzung lieferten. Besonders war es der Streit über die Wiederaufnahme des Wörtchens „zuständig" vor das Wort „Anordnung", sowie die schon früher umstrittene Aufnahme der Anpreisung und Rechtfertigung eines bereits begangenen Deliktes.[1]) Das erstere wurde gestrichen, dem letzteren wurde stattgegeben. Wir finden denselben Streit sich bei einem späteren Entwurfe für den Norddeutschen Bund wiederholen.

Die politische Veränderung in dem Zusammenschluss der deutschen Staaten in den Jahren 1866 67 bringt uns einen neuen Entwurf für den Nordd. Bund, an dessen Spitze Preussen steht. In diesem vom Bundesrat dem Reichstag[2]) des Nordd. Bundes in der ersten Legislatur- und Sitzungsperiode von 1870 vorgelegten Gesetzentwurf waren die Bestimmungen der Paragraphen 87--89 des preuss. Strafgesetzbuches im wesentlichen diesen gleich in die §§ 108—120 aufgenommen worden. Im Laufe der Beratung

[1]) Goltdammer, Mat. II. zu § 87.

[2]) Sten. Berichte über die Verhandlungen ds. Reichstages z. Nordd Bund, 1. Legislaturperiode, Session 1870 I S. 388 ff und 399 ff.

über den Entwurf wurden bei der zweiten Lesung verschiedene Abänderungen beantragt.[1]) Der Abgeordnete Fries verlangte die Verordnungen und Anordnungen durch Beifügung von Attributen genau zu präzisieren und beantragte zu formulieren: „Die gesetzlich gerechtfertigten Anordnungen der zuständigen Obrigkeit." Ein Antrag Mende enthielt die Formulierung: „Gesetzmässige Anordnungen" und ein Plankscher Gegenantrag wollte den Wortlaut: „gegen die von der Obrigkeit innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffenen Anordnungen" haben. Die Anträge Plank wurden nach heftiger Debatte angenommen. Hierzu kam noch ein Antrag Lasker und Genossen in dritter Lesung, welcher vor das Wort „Verordnung" noch „rechtsgiltig" eingeschaltet wissen wollte. Auch diesem wurde stattgegeben und zwar debattelos. Die endgiltige Fassung des § 110, welche in dem St.G.B. für den Nordd. Bund zur Publikation gelangte, lautete dann:

> „Wer öffentlich vor einer Menschenmenge, oder wer durch Verbreitung oder öffentlichen Anschlag, oder öffentliche Ausstellung von Schriften oder anderen Darstellungen zum Ungehorsam gegen Gesetze oder rechtsgiltige Verordnungen oder gegen die von der Obrigkeit innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffenen Anordnungen auffordert, wird mit Geldstrafe bis zu 200 Talern oder Gefängnis bis zu 2 Jahren bestraft."

Durch Reichsgesetz vom 16. April 1871 betreffend die Verfassung des deutschen Reiches wurde das Strafgesetzbuch des Nordd. Bundes Strafgesetzbuch des deutschen Reiches und somit § 110 Reichsgesetz in unveränderter Form.

Seit dem Bestehen des deutschen Reiches hat die Regierung zweimal Abänderungsanträge[2]) gestellt, ohne aber einen Erfolg zu erzielen. Dieselben verlangten einmal eine Erhöhung der Strafe und sodann die Bestrafung der Glorifizierung eines Verbrechens.

[1]) Ueber diese Abänderungsanträge vergl. Bd. III der sten. Ber. über die Reichstagsverhandl. des Nordd. Bundes von 1870.

[2]) Vergl. hierüber Nr. 54 der Anlagen zu den sten. Ber. der 2. Legislaturperiode, 3. Session 1875 76 und Nr. 49 der Beilagen zu den sten. Berichten der 9. Legislaturperiode, 3. Session 1894 95 Anlage Bd. I. S. 224 ff (sog. Umsturzvorlage), ebenso dazu M. E. Mayer 419 ff.

II. Kapitel.

Das geltende Recht.

A. Der Inhalt der Aufforderung.

a. Ungehorsam gegen die Gesetze.

§ 3. Gehorsam und Pflicht zum Gehorsam.

Der Gesetzgeber des modernen Rechtsstaates muss nicht nur die privaten und öffentlichen Interessen vor deliktischer Gefährdung bewahren, sondern muss vor allem darauf bedacht sein, die grundlegende Macht des Staates und das Gesetz als solches vor gesetzesfeindlichen Umtrieben zu schützen.

Eine solche Gesetzesgefährdung enthält streng genommen jede Handlung des Einzelnen, welche sich gegen irgend ein Gesetz (im weiteren Sinn = vom Staat aufgestelltes Gebot oder Verbot) richtet. Solange sich jedoch der einzelne darauf beschränkt, dem Staatssystem bloss durch seine alleinige Missachtung und Verletzung feindlich entgegenzutreten, ist die Gefahr für den Bestand des Staates und der vom Staat aufgestellten Gesetze — wenigstens für die Regel — noch keine ernstliche. Erst eine Mehrheit von Personen, die Allgemeinheit ist fähig, den festen Boden des Rechtsstaates zu erschüttern.

Diese Gefährlichkeit der Auflehnung der Allgemeinheit gegen die Staatsautorität — neben der Schwierigkeit bei Massenauflehnungen gegen das Gesetz alle Schuldigen, oder auch nur die Hauptschuldigen zur Rechenschaft zu ziehen — lässt es begreiflich erscheinen, dass unser St. G. B. besondere Strafbestimmungen gegen denjenigen enthält, welcher den zündenden Funken in das dürre Stroh wirft, um dadurch das Staatsgebäude in Rauch und Flammen aufgehen zu lassen. Dies ist der für das St. G. B. in Betracht

kommende Täter, den es für sein die staatstreuen Bürger aufreizendes Verhalten unter Strafe stellen muss. Diese Einwirkung, welche durch eine auf eine Mehrheit von Personen zu wirken bestimmte Willensäusserung geschieht und die wir als Aufforderung bezeichnen, nimmt das R. St. G. B. in § 110 dann als strafbar an, wenn die Aufforderung die Adressaten zum Ungehorsam gegen Gesetze und rechtsgiltige Verordnungen und gegen die von der Obrigkeit innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffenen Anordnungen veranlassen soll.

Der im Wortlaut des § 110 enthaltene Begriff „Ungehorsam gegen Gesetze" veranlasste in Theorie und Praxis eine mannigfaltige Interpretation, welche entweder am Wortlaut des § 110 festhält und nur den gegen einen im Gesetz enthaltenen Imperativ möglichen Ungehorsam und zwar, je nach der einzelnen rechtsphilosophischen Anschauung über die Quelle des Imperativs, verschieden auslegt, oder den Begriff „Gesetz" abstrakt restrictiv interpretiert, d. h. unter Gesetz nur das Gesetz schlechthin, die im Gesetz enthaltene autoritative Macht, den hinter jedem Gesetz stehenden Strohmann mit eiserner Faust und nicht die konkreten Gesetze, die papierenen Normen verstehen will.

Wir wenden uns zunächst der Betrachtung des Begriffs „Ungehorsam" zu, welche uns dann die Grundlage geben soll für unsere eigene Ansicht.

Ungehorsam ist das Negativum von Gehorsam. Wir fragen uns deshalb, was versteht man unter Gehorsam und wann ist Gehorsam geboten?

Der Gehorsam (als Verhalten des zum Gehorsam Verpflichteten) setzt voraus einen übergeordneten (Gehorsam heischenden) und einen untergeordneten (Gehorsam leistenden, zum Gehorsam verpflichteten) Teil. Dieses Verhalten kann seinen Ursprung und Grund haben einmal in einer freiwilligen Subordination des eigenen Willens unter einen fremden, oder in der gewaltsamen Unterwerfung meines Willens durch Androhung eines in der Macht des Stärkeren liegenden Zwangs.

Der Gehorsam ist nach Binding[1]) die stillschweigende Unterordnung des einzelnen Willens unter die autoritative Macht. Genauer wird man mit Rossmann[2]) zum Begriff Gehorsam verlangen

[1]) Binding, Normen Bd. I. S. 99.
[2]) Rossmann, S. 12.

müssen, dass neben den Willen und das Bewusstsein der Unterordnung als drittes Erfordernis eine Handlung und zwar je nach dem ein Tun oder Unterlassen tritt.

Der Ungehorsam als Gegenteil des Gehorsams ist das Zuwiderhandeln gegen die Gehorsamspflicht, das dem Gehorsam zuwiderlaufende Verhalten, und zwar verlangt Rossmann[1]), dem wir uns anschliessen möchten, für den Begriff Ungehorsam eine bewusst gewollte, betätigte Weigerung, dem verpflichtenden Gebote Folge zu leisten.

Der psychologische Vorgang bei der Unterordnung des eigenen Willens unter den fremden, Gehorsam heischenden ist dann so geartet, dass durch den Imperativ eine Gehorsamshandlung ausgelöst werden soll. Dieser Imperativ ist eine an das untergeordnete Individuum gerichtete Willenserklärung. Diese Willenserklärung wirkt aber nicht als heteronome Norm, welche ausserhalb der subjektiven Vorstellung des Adressaten existiert und in seinem psychischen Zustand eine autonome Handlung bedingt, sondern das zum Gehorsam verpflichtete Individuum recipiert mechanisch den Imperativ, um dessen Inhalt ohne autonome Willensbildung zu verwirklichen. Dabei hat es genau das Verlangte zu tun.

Der Umfang (Inhalt) der Gehorsamspflicht kann ein verschiedener sein. Die Gehorsamspflicht kann eine absolute in dem Sinne sein, dass die autoritative Macht in ihrer Abstraktheit schon den Gehorsam verlangt, sodass überhaupt jedes Handeln, das nicht im Sinne dieser übergeordneten Macht geschieht, Ungehorsam ist (z. B. beim krassesten Absolutismus), oder eine relative; in diesem Falle ist die Gehorsamspflicht erst vorhanden, wenn sie durch eine spezielle Willensäusserung verlangt wird, die einen Imperativ enthält, welcher sich an den durch das Pflichtverhältnis Untergeordneten richtet. Diese Willensäusserung kann dann für immer erlassen sein, oder von Fall zu Fall besonders formuliert werden. Hierzu käme noch die weitere Unterscheidung zwischen dem absoluten Gehorsam nach dem Sprachgebrauch des öffentlichen Rechts, der eine Prüfung des verbindlich und rechtmässig erlassenen Imperativs nicht gestattet (z. B. der militärische Gehorsam) oder der nur auf Grund eines Gebots geleistet werden muss, das bestimmten Formen und Voraussetzungen entspricht. In letzterem Fall ist dann eine Prüfung nach jeder Hinsicht gestattet (z. B. Verwaltungsverordnungen).

[1]) Rossmann, a. a. O.

Nachdem wir durch diese mehr psychologische, etymologische Untersuchung des Begriffs „Ungehorsam“ seine Hauptkriterien erfahren haben, ist es notwendig, die gefundenen Merkmale — da es sich hier um die Interpretation des Begriffs „Ungehorsam gegen die Gesetze“ handelt, auf die dem Staatswesen eigentümlichen Erscheinungen zu übertragen.

Die Auslegung führt uns hinein in das Grundproblem der Staatsrechtslehre. In allen Ansichten, die wir über den Begriff „Ungehorsam gegen Gesetze“ vertreten finden, spiegelt sich jeweils eine für diese rechtsphilosophische Prinzipienlehre geschaffene Theorie um so deutlicher wider, je mehr sich dieselbe durch eine besonders penetrante Eigenart charakterisiert. Wie sehr es von Interesse wäre, diese problematischen Deduktionen und ihre im allgemeinen der Vollendung näher kommenden Resultate auf ihre Brauchbarkeit zu untersuchen, so ist hier mit Rücksicht auf das speziellere Thema nicht der Platz, sich auf tiefere spekulative Erwägungen einzulassen. Und doch ist erforderlich, sich mit den Haupttheorien in polemisierender Weise zu beschäftigen.

Da wir den Staat als Rechtssubjekt, als juristische Person betrachten, die sich von der physischen Einzelperson durch den Mangel physischer Beschaffenheit unterscheidet, so müssen wir demselben gleichwohl eine Willensfähigkeit beimessen, einen selbständigen Willen des selbständigen Staates. Derselbe kann aber, was sich aus der Natur der juristischen Konstruktion des Subjekts ergibt, nicht identisch sein mit dem autonomen Willen einer physischen Person. Derselbe lässt sich nicht durch analoge Anwendung der konstruktiven Mittel der Psychologie aufbauen und erklären zugleich, d. h. durch eine Konstruktion, welche dem durch wissenschaftliche Forschung festgestellten Vorgang in der Psyche des Menschen gleichgebildet wird, sondern die dem Staate charakteristische, soziologische Wesensbeschaffenheit in Verbindung mit juristischen Betrachtungen muss uns die Eigenart und den Inhalt unseres Begriffs „Ungehorsam gegen Gesetze“ im Sinne des § 110 in brauchbarer und einleuchtender Weise verständlich machen.

Ehe wir unsere Ansicht in dieser Hinsicht entwickeln, ist es notwendig, zu einer prinzipiellen Frage, welche durch den Tatbestand des § 110 aktuell wird, Stellung zu nehmen.

Die vorhandenen Abhandlungen über den § 110 befassen sich weniger eingehend mit der Konstruktion des Begriffs „Ungehorsam“ als vielmehr ausführlich mit der Erörterung der Frage, ob unter den Begriff „Gesetze“ nicht nur öffentlich-rechtliche, sondern auch Privatrechtssätze, bezw. alle Gesetze im materiellen Sinne fallen. Es erscheint mir besonders mit dem Erscheinen des bedeutsamen und tiefgründigen Werks Kelsens[1]): „Die Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ als eine dringende Notwendigkeit den für unsere Betrachtung grundlegenden Ausgangspunkt, der gerade durch den Inhalt dieses Werkes strittig zu werden scheint, näher ins Auge zu fassen und vor allem den Ursprung der Pflicht zum Gehorsam festzustellen.

Die bisherige Methode staatstheoretischer Forschung beruht fast ausschliesslich auf soziologischer oder sozial-psychologischer Basis oder ging, in den Worten Kelsens ausgedrückt, vom Standpunkt des Seins aus. Kelsen gibt nun eine rein ethisch-juristische Lösung des Problems vom absoluten Sollstandpunkt aus unter Zugrundlegung der normativen Betrachtung.

Damit ist eine wesensverschiedene Zweiteilung in der Entwickelung der Staatsrechtsprobleme mit unverschwommener Deutlichkeit entstanden, welche gerade für die Interpretation des Begriffs „Ungehorsam gegen Gesetze“ von grösster Bedeutung ist. Welche rechtsphilosophische Richtung kommt für unsere Frage zur Gewinnung eines im Sinne des St. G. B. liegenden Resultates in Betracht?

Kelsen gibt uns selbst die Lösung, wenn er bei seiner Polemik gegen die Bindingschen Normen auf den doppelten Sinn des objektiven Rechts hinweist. „Recht im objektiven Sinn“, führt Kelsen[2]) aus, „kann nämlich in einem doppelten Sinn genommen werden, einmal als Zustand der Ordnung, als rechtmässiges Verhalten der Subjekte, kurz als Frieden, oder aber als dasjenige, was diesen Zustand herbeiführen soll, d. h. bezweckt; die Ordnung im Sinne von ordnen, das friedenschaffende und erhaltende Moment, die Rechtsordnung, nicht als vollendeter Zustand — als Zweck, sondern als Mittel. Von einem, das tatsächlich Seiende betrachtenden Standpunkte — wie es der der Soziologie oder Sozialpsychologie ist — stellt sich das Recht als Ordnung in

[1]) Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen 1911.
[2]) Kelsen a. a. O. 272.

ersterem Sinne, d. h. als Frieden dar. Die explikativen Disziplinen werden das Recht von dieser Seite (des erfüllten oder zu erfüllenden Zweckes) sehen".

Gerade nun diese Verletzung des tatsächlichen Zustandes, des materiellen Momentes, des Zweckes, des Friedens, einer der Seinswelt angehörigen Ordnung ist als Deliktstatbestand in unserem § 110 normiert. Unser St. G. B. kann sich überhaupt nur mit der Bestrafung eines Delikts, begangen gegen reale Zustände, mit in der Sphäre des Seins liegenden Tatbestandsmomenten befassen, die auch selbst wieder ihre Interpretation nur durch reale Tatsachen erfahren können.

Der den § 110 enthaltende Abschnitt VI unseres St. G. B. erfasst den Staat und sein inneres Verhältnis in jeder Hinsicht von dem realen Standpunkt soziologischer, bezw. sozialpsychologischer Methode. Seine Autorität und sein Herrschaftswille werden unter strafrechtlichen Schutz gestellt. Als Gebieter und übergeordnete Macht tritt der Staat uns entgegen und verlangt von dem Staatsbürger Achtung. Der Staat als reale Macht verlangt von seinem Untertan Gehorsam. „Das Verhältnis des Gehorsams zwischen Staat und Untertan besteht in dem tatsächlichen Herrschafts- und Unterordnungsverhältnis, das durch die motivierende Kraft der staatlichen Autorität geschaffen wird". „Gehorsam erzeugt, wer einen fremden Willen zur Unterordnung unter den eigenen veranlasst." Befehlen ist eine Herrschaftsfunktion, der Ausfluss eines faktischen Machtverhältnisses. „Der Staat herrscht nur insofern, als die Rechtsordnung tatsächlich eine generelle, wenn auch nicht ausnahmslos wirkende motivierende Macht ausübt, die Untertanen somit in der Regel die Gesetze des Staates befolgen und wenn sie dies nicht tun, die Organe des Staates wiederum unter den praktischen Einfluss der besonderen, die Organe verpflichtenden Rechtssätze — die Nachteile realisieren, welche der Staat in den Rechtssätzen in Unrechtsfällen verhängen will."[1]) Und aus diesem Macht- und Subordinationsverhältnis, das zwischen dem Staat als der übergeordneten Gewalt und dem Untertan, als dem untergeordneten oder besser sich freiwillig unterordnenden, als einem zum Begriff „Staat" gehörenden notwendigen Subjekt besteht, entspringt die Pflicht zum Gehorsam gegen den Staat und die Gesetze.

[1]) Ich benütze hier Kelsens eigene Worte zur leichteren Beweisführung.

Dieses Bestehende und für den Begriff „Ungehorsam“ erforderliche Subordinationsverhältnis gibt auch Kelsen[1]) zu, doch verweist er diese soziologische Relation in die Welt des Seins und hält sie für seine juristische Konstruktion als unbrauchbar.

Seine Zurechnungstheorie, gewonnen aus der Sollanalyse des Staatssystems führt ihn zu dem Resultat, die zum Gehorsam erforderliche Pflicht in der Rechtspflicht zu suchen, d. h. Gehorsamspflicht und Rechtspflicht zu identifizieren. „Von einer subjektiven Pflicht, definiert Kelsen[2]), kann neben dem objektiven Rechtssatz — wobei das Gesetz selbst das Soll enthält, also der Wille selbst ist — nur insofern die Rede sein, als damit dessen Subjektivierungsfähigkeit, d. h. seine Anwendbarkeit auf ein konkretes Subjekt zum Ausdruck kommt. Dadurch wird der objektive für Alle geltende Rechtssatz zur subjektiven Rechtspflicht eines Einzelnen, dass er auf diesen Einzelnen angewendet werde, dass über den Einzelnen, wenn er die im Rechtssatz ausgesprochene Bedingung setzt, jener Nachteil verhängt werden kann und soll, den der Rechtssatz als Wille des Staates beinhaltet.“

Allein hiergegen möchte ich behaupten, dass Kelsen übersieht, dass gerade zum Ungehorsam, wie er ja anderorts selbst zugibt, einmal dieses bereits erwähnte, wenn auch nur in soziologischem Sinne vorhandene Subordinationsverhältnis absolut notwendig ist. Auch hier haben wir den unter- und übergeordneten Teil, den Untertan und den Staat. Die Pflicht zum Gehorsam kann aber nicht aus dem Gesetz, aus dem Willen des Staates abgeleitet werden, wie es Kelsen tut, sondern die Pflicht zum Gehorsam entspringt aus dieser nochmals zu betonenden Relation der Unterordnung. Weil ich mich freiwillig unterwerfe, oder weil ich gewaltsam unterworfen werde, deshalb muss ich gehorchen. Daraus entspringt die Pflicht, nicht aber aus der meine jeweilige Handlung bedingenden Willensäusserung, mag sie nun Gesetz heissen, Norm oder Befehl. Höchstens könnte man sagen, dass aus der Formulierung dieser Willenskundgebung auf ein vorhandenes Subordinationsverhältnis geschlossen werden kann. Die Gehorsamspflicht ist der engere, strengere Begriff, die Rechtspflicht dagegen der weitere, ohne dass aber der eine den andern bedingt oder einschliesst. Eine Rechtspflicht können wir in allen Gesetzen

[1]) Kelsen a. a. O. 285.
[2]) Kelsen a. a. O. 348.

feststellen, nicht aber — was weiter unten[1]) noch zu entwickeln ist — eine Gehorsamspflicht im ausgeführten und allgemein anerkannten Sinn.

Wenn wir übrigens genauer zusehen, ist die Argumentierung Kelsens in diesem Punkte nicht ganz widerspruchslos und seine Identifizierung von Gehorsamspflicht und Rechtspflicht erscheint mir als eine *petitio principii*. „Konsequenter Weise ist bei rein juristischer Konstruktion," deduziert er, „der Staat für den Juristen lediglich Person, d. h. Subjekt von Rechten und Pflichten. Damit ist aber unvereinbar, das Verhältnis des Staates zu den übrigen Subjekten als ein Herrschaftsverhältnis, als eine Befehlsrelation gelten zu lassen, denn als Subjekt von Rechten und Pflichten ist er den übrigen Subjekten notwendig gleichgeordnet, nicht übergeordnet."[2])

Sobald aber das Verhältnis zweier Subjekte, möchte ich Kelsen entgegnen, als das der Koordination angenommen werden muss, kann man nicht mehr von einem Gehorsamsverhältnis reden. Andererseits entspringt, wie schon oben erwähnt, aus dem abstrakten Rechtssatz keine Gehorsamspflicht. Es kann auch Gehorsamspflicht nicht gleich Rechtspflicht gesetzt werden, so wenig die moralische, kulturelle oder ethische Pflicht ohne weiteres eine Pflicht zum Gehorsam enthält. Damit können wir bei der Theorie Kelsens überhaupt nicht von Gehorsam reden oder umgekehrt: die Theorie Kelsens ist für unsere Interpretation des Begriffs Ungehorsam im staatsrechtlichen Sinn überhaupt nicht brauchbar. Das Gehorsamsverhältnis gehört der Welt des Seins an und kann nicht Gegenstand ethisch-juristischer Konstruktionen sein. Jeder Versuch aber, diesen Begriff hierher zu übertragen, scheitert entweder an Widersprüchen oder an der Willkür seiner Behandlung.

Damit glauben wir die Grundlage für unsere folgende Betrachtung geschaffen zu haben. Aus der soziologischen Problemstellung muss sich das zum Gehorsam erforderliche Kriterium, die Pflicht zum Gehorsam ergeben.

Es fehlt in der Staatsrechtslehre für die soziologische bezw. sozialpsychologische Konstruktion des Staatsverhältnisses nicht an zahlreichen Theorien. Sie alle hier aufzuführen und zu kritisieren, würde uns zu weit abführen. Wir wollen daher versuchen, in

[1]) Siehe § 4 der Abhandlung.

[2]) Kelsen, a. a. O.

kurzen Strichen, mehr als Skizze, unsere Ansicht, welche vielleicht als eine Kombination der verschiedenen schon bestehenden erscheint, hier aufzuführen.

Im Menschen lebt ein gewisser sozialer Trieb, der ihn dazu bestimmt, sich instinktiv zusammenzuschliessen, ein gewisser unbewusster Altruismus, im Gegensatz zu dem sonstigen, egoistische Interessen verfolgenden Verhalten des Menschen. Daher *ζῶον πολιτικόν*. Nur in diesem Zusammenschluss ist der Mensch psychisch entwicklungsfähig. Die engere Vereinigung entsteht durch eine Organisation dieser Gesellschaft unter der Abstraktion „Staat". Der Staat entsteht durch freiwillige, zusammenschliessende Subordination einer Mehrheit Gleichgesinnter, welche dadurch den Bestand des Staates garantiert unter Anerkennung einer übergeordneten Autorität. Der Mensch wirkt entweder bei dieser Vereinigung und Schaffung des Staates mit durch stillschweigende Unterordnung seines Willens unter die Autorität des Staates oder er wird in das bestehende Staatssystem hineingeboren und als Staatsbürger erzogen. Aber alle im Gebiet des Staates Lebenden müssen nach gleichen Prinzipien behandelt werden und alle müssen sich der Autorität des Staates unterwerfen und Gehorsam leisten. In einem geordneten Gemeinwesen entsteht eine Pflicht des Einzelnen zum Gehorsam gegen den Staat, zur Garantie seines Bestandes und seiner Friedensordnung. Diese Pflichten entspringen aus dem Subordinationsverhältnis und sind Gehorsamspflichten. Die im Interesse des Staates und der Gesellschaft, also seiner Mitglieder selbst, vorzunehmenden Handlungen (Tun oder Unterlassen) werden ausgesprochen in den für den Staat charakteristischen, für den Untertan verbindlichen Verhaltungsmassregeln, in den die Handlung des Untertan bedingenden Aeusserungen, welche wir Gesetze nennen. Diese Gesetze werden in einem konstitutionellen Staat durch besondere Akte, unter Mitwirkung des Parlamentes und des Monarchen erlassen. Nach der Verfassung des deutschen Reiches müssen bei der Gesetzgebung mitwirken Bundesrat und Reichstag. Die Ausfertigung und Publikation des Gesetzes liegt in den Händen des Kaisers. Diese Gesetze sind es nun, welche uns einen Massstab für das gehorsamleistende Verhalten des Staatsbürgers ergeben müssen, d. h. wir müssen feststellen, ob alle Gesetze diese gegen den Staat gebotene Gehorsamspflicht zum Ausdruck bringen, und als Gehorsamsnormen aufzufassen sind.

§ 4. Die Gesetze als Gehorsamsnormen.

Wir haben festgestellt, dass die Pflicht zum Gehorsam aus dem Subordinationsverhältnis zwischen Staat und Staatsbürger entspringt. Diese Pflicht zum Gehorsam liefert aber den Staatsbürger nicht der Willkür des Staates aus, sodass der Untertan auf jedes Gebot oder Verbot, das in irgend einer beliebigen Form von einem Organ des Staates ausgeht, blindlings Gehorsam leisten muss, sondern im Rechtsstaat ist die Machtbefugnis des Staates gegenüber dem Untertan in starke Fesseln geschlagen, die dem Staat nur einen beschränkten Spielraum bei der Entfaltung seiner Herrschaftsbefugnisse gewähren. Die Gesetze sind es, welche die überquellenden Machtäusserungen der dem Untertan übergeordneten Autoritätsgewalt des Staates zurückdämmen.

Diese Gesetze setzen dem Staate nicht nur Schranken, sondern einerseits gewähren sie dem Staate Rechte, deren Geltendmachung und Durchführung dem Staate gerade durch die Gesetze garantiert sind und die seine Macht sanktionieren. Andererseits legen die Gesetze, auf der Gegenseite, dem Untertan Pflichten auf, Rechtspflichten, d. h. die aus dem Recht resultierenden Pflichten. Zugleich sind die Gesetze für den Untertan Kontrollnormen, ob der Staat innerhalb seines Rechts seine Machtbefugnis geltend gemacht oder dieselbe überschritten hat. Die Gesetze sind aber nicht nur dazu bestimmt, das Verhältnis zwischen Staat und Staatsbürger zu regeln, auch die Relation Staatsbürger zu Staatsbürger ist durch Gesetze festgelegt. Der ganze Gang des Wirtschaftslebens bewegt sich in bestimmten Bahnen, die durch die Gesetze des Privatrechts festgelegt sind, oder besser gesagt, nach welchen das jeweilige privatwirtschaftliche Verhältnis rechtlich beurteilt wird. Auch in diesem Verhältnis werden durch das Gesetz Rechte und Rechtspflichten normiert.

Neben dieser rein juristischen Bedeutung kommt dem Gesetze noch die soziologisch-juristische zu, als Gehorsamsnormen für den Untertan aufgestellt zu sein, d. h. zu bestimmen, in wie weit dem Staat Gehorsam zu leisten ist. Die Frage, ob ein Gesetz den erforderlichen Gehorsam verlangt, dürfen wir nämlich nicht aus der, ich möchte beinahe sagen, für unsere staatsrechtlichen Verhältnisse veralteten Auffassung herleiten, dass eben dem Staat als solchem überhaupt Gehorsam zu leisten ist, sondern der konkret verbindende Satz selbst oder eine ganze Gesetzeskategorie muss

diese den Gehorsam verlangenden Kriterien enthalten. Der Inhalt der Gesetze selbst muss ergeben, ob sie Gehorsamsnormen sind, ob sie vom Untertan Gehorsam verlangen und nur in soweit ein Gesetz diese Gehorsamspflicht enthält und zum Ausdruck bringt, muss der Staatsbürger gemäss der aus dem Subordinationsverhältnis entspringenden Pflicht dem Gesetze folgeleisten. Wohl aber muss beachtet werden, dass nicht aus dem Gesetz als solchem die Pflicht zum Gehorsam entspringt. Die Gesetze sind nur der Massstab für die Gehorsamspflicht und die eine Gehorsamshandlung auslösenden Bedingungen. Sie sind die Aeusserungen des Staates, durch welche er den Untertan zu Handlungen, zu einem Tun oder Unterlassen veranlasst, die der Untertan auf Grund seiner Pflicht zum Gehorsam erfüllen muss. Das Gesetz ist die Form der staatlichen Willensäusserung, es ist der Gehorsamsbefehl.

Der Begriff Gesetz veranlasst uns zu einer weiteren Scheidung, weil er im staatsrechtlichen Sinn verschiedene Bedeutung haben kann. Wir müssen unterscheiden zwischen Gesetz im formellen und Gesetz im materiellen Sinn. Das Gesetz im formellen Sinne, worunter man jeden Erlass in Gesetzesform gekleidet versteht, kann hier nicht in Betracht kommen, weil sich hierunter auch solche Erlasse befinden, welche nur Verwaltungsakte darstellen und nicht an die Oeffentlichkeit gerichtet sind. Hier handelt es sich nur um das Gesetz im materiellen Sinn, um jenes Gesetz, welches einen Rechtssatz enthält. Ein Unterschied zwischen Reichsgesetz und Landesgesetz ist bei der Beurteilung des Begriffes „Gesetz“ nicht zu machen. Erforderlich ist aber, dass das Gesetz in der verfassungsmässigen Form erlassen ist.

Aber nicht jedes Gesetz im materiellen Sinn, das in der verfassungsmässigen Form erlassen ist, enthält diese Gehorsamsnorm und tritt als Gebot oder Verbot dem Untertan entgegen. Wir haben die Gesetze weiter zu prüfen, in wie weit sie solche Gehorsamspflichten enthalten und welche Gesetze Gehorsamsnormen sind. Auch hierüber herrscht Streit in der Literatur. Eine sehr verbreitete Ansicht nimmt sowohl einen Ungehorsam gegen die Privat- als öffentlichrechtlichen Sätze, überhaupt jedes Gesetz als Gebot an, und will die Aufforderung zum Ungehorsam gegen beide Kategorien bestrafen, wobei die Begründungen der Ansicht

sehr verschieden sind. Die Anhänger der Imperativen-Theorie[1]) machen sich diese Begründung am leichtesten; sie sagen, jedes Gesetz enthält einen Befehl. Bei näherer Betrachtung werden wir jedoch finden, dass nur die Sätze des öffentlichen Rechts als Imperative, als Verbote, als Gebote in Betracht kommen.

Die Privatrechtssätze sind keine Gehorsamsnormen, weil der Staat sich in denselben nicht an den Untertan wendet, etwas zu tun oder zu unterlassen, er erteilt in denselben keine Gebote oder Befehle, welche den Staatsbürger dazu veranlassen sollen, eine dem Interesse des Staates dienende Handlung vorzunehmen. Der Staat sagt in den Gesetzen des Civilrechts nicht, schliesset Verträge oder errichtet Testamente, sondern es ist nur eine Norm geschaffen für die richterliche Beurteilung der Rechtslage.

Wenn wir von Recht reden, so verstehen wir unter der Voraussetzung des Verhältnisses Staat zu Staatsbürger natürlich nicht „mein Recht", „mein eigenes Recht" im Sinne von Max Stirner,[2]) d. h. „alles, was ich durch meine eigne Gewalt und Macht beherrsche und in mir, dem Gewaltigen, im gewaltigen Ich Existenz hat", sondern gerade die in ein Gespenst verwandelte Gewalt, die, wie Stirner sagt, „selbst mit dem Tode nicht erlischt, sondern übertragen wird und vererbt," nämlich die mir vom übergeordneten Staat durch die Gesetze gewährte und garantierte Freiheit im Gebrauche des „Meinigen". Recht ist hier nur die Garantie des subjektiven Interesses durch das Gesetz und durch die autoritative Macht des Staates, der ich subordiniert bin. Dieses mein Recht verleiht mir nicht die Befugnis eines Imperiums über einen andern, sodass er in ein Pflichtverhältnis zu mir tritt und deshalb Gehorsam leisten muss. Ich kann keinen Imperativ erlassen, kein Gebot oder Verbot, sondern ich habe nur ein absolutes oder relatives Recht, mein Eigentum, meinen Besitz, Niessbrauch, Pfandrecht oder einen Anspruch, der einen andern zu einer Leistung verpflichtet.

Diesem Recht entspringt ebenfalls eine Pflicht, aber keine Gehorsamspflicht, sondern eine Rechtspflicht. Es fehlt an einem Gebot oder Verbot, weil ich keine Macht habe, zu befehlen. Wer wider mein Recht handelt, begeht ein Unrecht, aber keinen Ungehorsam. Erst wenn die Begehung dieses Unrechts durch den Staat verboten ist, bezw. ein Gebot besteht, ist die Pflichtwidrigkeit

[1]) Vergl. die bei Rossmann S. 29 Nr. 2 ff. aufgeführten Theoretiker.

[2]) Max Stirner, Der Einzige und sein Eigentum.

ein Ungehorsam. In den Privatrechtssätzen ist Pflichtwidrigkeit gleich Rechtswidrigkeit. Das Strafgesetz als Norm des öffentlichen Rechts sagt zwar auch nicht direkt: „Du sollst" oder „Du sollst nicht", sondern gebraucht den Wortlaut: „Wer das tut, oder unterlässt, wird bestraft." Nun gibt aber selbst Beling[1]) zu, dass das Gesetz hieraus erkennen lässt, dass es die betreffende Handlung nicht haben will. Dieses Wollen ist aber nicht nur ein Anheimstellen in das Belieben des Verbrechers, zu handeln mit Uebernahme der angedrohten Strafe, oder nicht zu handeln. Dieser Wille ist Befehl und wer dagegen handelt, handelt zwar dem Wortlaut des Tatbestandes gemäß, der eine genauere Präzisierung der Handlung enthält, aber er handelt einem Gebot des Staates zuwider, gleichgiltig, ob er bestraft wird oder nicht.

Das Gebot ist Ausfluß der Gewalt, und die Bestrafung ist analog dem im Civilgesetz dem Staatsbürger garantierten Recht das Recht des Staates. Ein Strafausschliessungsgrund im technischen Sinn (z. B. Notwehr) kann dieses Gebot nicht aufheben, sondern gibt mir nur ein Gegenrecht gegen das „Strafrecht". Ist auf Seiten des Täters ein Schuldausschliessungsgrund vorhanden, so fehlt eben ein zum Ungehorsam erforderliches Moment. Anders verhält es sich mit den Privatrechtssätzen.

Gegen die Anwendbarkeit der Imperativentheorie überhaupt spricht nicht allein das besonders von Frank[2]) betonte gleichgiltige Verhalten des Staates beim gesetzwidrigen Verhalten des Staatsbürgers auf dem Gebiete des Privatrechts, daß der Staat also nur dann Gehorsam fordere, wenn er aus eigener Initiative gegen den widerstrebenden Willen reagiere; überlasse er dagegen die Reaktion gegen gesetzwidriges Verhalten der Privatinitiative, so fordere er auch keinen Gehorsam. Noch weit mehr Momente sind es, welche die Möglichkeit des Ungehorsams gegen Civilrechtssätze im Sinne des § 110 ausschliessen.

Wenn das Gesetz Gehorsam fordert, so setzt es auf Seiten des Gehorchenden notwendig diejenige Vorstellung voraus, aus welcher der Gehorsam allein entspringen kann, die Vorstellung eben, dass ein solcher autoritativer Wille bestimmten Inhalts existiere. Soll sich der Mensch unterwerfen, so muss er wissen, dass ein Herrscher vorhanden ist und was dieser von ihm fordert.

Die Publikation des Gesetzes ist es jedoch nicht, welche uns

[1]) Beling, L. v. V. 125.
[2]) Frank, § 110 I.

von der Pflicht gegen den Staat in Kenntnis setzt, sondern eine Anzahl anderer Momente tun uns besonders bei den Gesetzen des öffentlichen Rechts die Gehorsamspflicht kund. Die Publikation wird ersetzt durch die Normen der Ethik. Dadurch wird das Bewusstsein des Gehorsams geweckt, sodaß dem Einzelnen das Verbot und Gebot instinktiv zum Bewusstsein kommt. Hier wirkt noch unterstützend die Moral und Religion und besonders das Gewissen, das im Menschen wohnende Wissen und Unterscheiden von Gut und Bös, sowie die Erziehung des Einzelnen zum Staatsbürger.[1])

Die Privatrechtssätze dagegen, in welchen unser Geschäfts- und privatwirtschaftliches Leben in feste Rechtsformen gegossen ist, treten dem Einzelnen bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts, bei irgend einer seine Vermögensverhältnisse verändernden Handlung im Allgemeinen nicht als Gebote in sein Bewusstsein. Wir kaufen z. B. unbewusst irgend eines Gesetzes unser Brot; wer infolge der Kenntnis des Gesetzes sämtliche Vorteile, die ihm das Gesetz bietet, ausbeutet, wird häufig sogar gegen das rechtliche Empfinden handeln und trotzdem keinen Ungehorsam begehen. Umgekehrt handelt man oft in der Meinung seines Rechts und trotzdem gegen das Gesetz. Wir können den Inhalt der Privatrechtssätze, die nach der Imperativen-Theorie Gehorsam verlangen sollen, überhaupt nicht erkennen und trotzdem sollen wir einen Ungehorsam dagegen begehen können. Das widerspricht aber jeder Definition des Begriffes Gehorsam bezw. Ungehorsam, weil ein bewußtes und gewolltes Zuwiderhandeln unmöglich ist.

Aus dem ganzen Wortlaut der Privatrechtssätze ist kein Gebot und Verbot zu entnehmen. Wenn auch § 241 B. G. B. sagt, der Gläubiger ist zum Fordern berechtigt, so ist dies nur die Einräumung eines Rechts und kein Gebot. Selbst die Worte des § 607 B. G. B., wonach der Darlehensnehmer zur Rückgabe einer Sache von gleicher Art, Güte und Menge verpflichtet ist, enthält keinen Imperativ, sondern nur eine Pflicht. Diese Pflicht ist aber, wie schon oben ausgeführt, keine Gehorsamspflicht, sondern nur eine Rechtspflicht. Damit behaupten wir einen Unterschied zwischen civilistischer und publizistischer Pflicht.

---

[1]) Hier ist zu betonen, dass nur das nach unserer Definition (oben S. 9 ff.) erforderliche Wissen der Pflicht, nicht auch der Befehl zur Pflicht, die Pflicht selbst hieraus entspringt.

„Während die aus einem Vertragsverhältnis fliessende privatrechtliche Pflicht für das empirische Denken in dem subjektiven Rechte der teilhaftigen Person des Kontrahenten aufgeht, steht der publizistischen Pflicht eine abstrakte, empirisch nicht existierende, im konkreten Denken daher sich verflüchtigende Person des Staates gegenüber; das Korelat der Pflicht wird hier nicht in einem nach Art des Privatrechts gedachten „subjektiven Recht" des Staates erblickt, sondern wie H. Maier[1]) richtig betont, die publizistische Pflicht wird lediglich als Ausfluß des allgemeinen Subjektionsverhältnisses, in dem der Einzelne zum Staat steht, empfunden. Mit einem Wort, im „emotionalen Denken" wird die publizistische Pflicht im Gegensatze zu der zivilistischen Pflicht als eine reine Pflicht vorgestellt. Bei den kriminellen Normen insbesondere tritt dieser Unterschied ganz deutlich zu Tage. Die Gebote, nicht zu töten, nicht zu rauben, nicht zu duellieren usw., erscheinen dem emotionalen Denken als bare Pflichten, als Pflichten als solche, denen keine adäquaten persönlichen Rechte, wie beim Privatrecht gegenüberstehen. Dieselbe Erscheinung wiederholt sich aber auf allen Gebieten des öffentlichen Rechts."[2])

Auch aus dem § 242 B. G. B. oder dem ähnlichen § 270 des A. L. R., welche besonders von Rossmann und dem R. G. als Beweis für den im Privatrecht enthaltenen Imperativ angeführt werden, kann eine aus einem autoritativen Gebot entspringende Gehorsamspflicht nicht hergeleitet werden. Dieselben sind blosse Auslegungsregeln und Erkenntnisquellen für den urteilenden Richter, nicht aber Imperative enthaltende Gesetze.[3])

Die Privatrechtssätze überhaupt richten sich nicht an den Staatsbürger, sondern sind eine Anweisung und Richtschnur, wonach die aus dem Tatbestand entspringende Rechtslage als Befehl in Gestalt des Urteils festgestellt, verbindlich gemacht und vollstreckt wird. „Das ganze Privatrecht ist ein Schutzversprechen, es ist eine feierliche autoritative Konstatierung und Deklaration, oder eine abstrakte Norm für die Beurteilung der konkreten Privatrechte und Verbindlichkeiten, mithin eine feierliche, angekündigte Erkenntnisquelle der Privatansprüche und Verbindlichkeiten selbst." Die Privatrechtssätze sind in ihrer Wendung ans Volk „Aussage-

[1]) H. Maier, Psychologie des emotionalen Denkens, Tübingen 1908.
[2]) Hurwicz, 23.
[3]) Vergl. hierüber Hurwicz, 28, Anm. 1.

ankündigungen", in denen der Staat festlegt, wie er die konkreten Privatrechtsbeziehungen beurteilen wird, mithin Urteile, — und ich möchte sagen zugleich Garantien des Rechtszustandes, — in ihrer Wendung an die Organe der Rechtspflege aber Instruktionen, Normen, mithin Imperative.[1])

§ 5. Die Normentheorien und § 110.

Zwei Ansichten, welche auf verschiedener rechtsphilosophischer Basis aufgebaut sind, müssen wir noch einer besonderen Betrachtung unterziehen. Die eine, deren Vertreter Binding ist, erweist sich als eine Abart der Imperativentheorie. Zu ihrer Begründung verwendet Binding seine bekannte Normentheorie. Die andere Ansicht wird vertreten von M. E. Mayer. Derselbe versucht aus seiner allgemeinen, für eine besondere rechtsphilosophische Anschauung grundlegende Kulturnormentheorie den Ursprung der Pflicht zum Gehorsam zu erklären, kommt aber mit Binding zu demselben Resultat, nach welchem alle Gesetze Gehorsam verlangen und die Aufforderung zum Ungehorsam gegen Gesetze des Zivil- und öffentlichen Rechts strafbar sein soll.

Binding[2]) führt bei der Behandlung des § 110 über den Begriff „Ungehorsam gegen Gesetze" aus:

„Es gibt nur zwei Erscheinungsformen des Gehorsam erheischenden autoritativen Willens, einmal die Norm als Rechtssatz, und die des rechtlich verbindlichen, aber dieser Form entbehrenden Befehls. Es gibt keinen Rechtssatz, dem Ungehorsam geleistet werden könnte, als ein Gebot und Verbot. Es bleiben für § 110 somit ausser Betracht:

1. „alle von Thoel sogenannten berechtigenden Rechtssätze des öffentlichen Rechts, soweit sie nicht sekundär verpflichtend sind;

2. „alle echten Zivilrechtssätze ohne jede Ausnahme. Kein Zivilgesetz kann Gehorsam verlangen, weil dieses Verhältnis dem Privatrechte vollständig fremd ist".

„Daraus zu folgern, dass in der sogenannten Verletzung zivilistischer Verbindlichkeiten nie ein Ungehorsam enthalten sein könne, liegt sehr nahe und ist vielfach geschehen."

„Hinter jeder zivilistischen Pflicht, sagt Binding weiter, steht aber die Norm des öffentlichen Rechts, sie zu erfüllen, wenn auch

[1]) Hurwicz, 27 ff.

[2]) Binding, 848 II, 2.

unendlich oft nur in der Form des ungesetzten Rechts und durchaus nicht immer im vollsten Umfange ihres Bestandes."

Binding versucht hier auf Grund seiner Normentheorie eine Interpretation des § 110 zu schaffen, die alle Rechtssätze, auch die Zivilrechtssätze unter § 110 subsumiert. Er geht bezüglich des Begriffes „Ungehorsam" überhaupt von einem Standpunkt aus, welcher der allgemeinen Ansicht der Imperativentheorie im Wesentlichen gleich kommt. Die Rechtssätze enthalten einen Befehl und dieser liegt in der Norm, die hinter jedem Rechtssatz steht. Die Pflicht zum Gehorsam entspringt nach Binding aus der Norm selbst.

Bindings Normentheorie wurde zunächst durch das Strafrecht provoziert und als eine grundlegende Prinzipienlehre des Strafrechts entwickelt. Die ganze Bedeutung der Normentheorie hat ihren Ursprung und ihre Bedeutung in der Untersuchung der Strafgesetze, in wie weit ein strafbares Unrecht begangen werden kann, aber nicht darin, den Beweis zu führen, dass bei den Strafgesetzen Zweifel bestehen, ob sie solche für das Subordinationsverhältnis zwischen Staat und Staatsbürger geschaffene Sätze sind, wodurch die Gehorsamspflicht gegen den Staat ausgedrückt wird. Das widerrechtliche Handeln, die Rechtswidrigkeit einer Handlung festzustellen, ist die Idee der Normentheorie.

Gegen die Normentheorie überhaupt in ihrer ursprünglichen Form sind von Beling[1]) selbst, der den Weiterbau dieser Theorie unternommen hat, Zweifel aufgeworfen worden. Er sagt:

„Die positivrechtlich formulierten Normen sind gering an Zahl, die grosse Masse der Normen ermangelt der Formulierung und so scheint jede Sicherheit sie zur praktischen Anwendung zu bringen, zu fehlen. Es setzt ein ganzes Heer von Zweifeln ein. Die Bindingsche Norm ist nicht mehr im Gesetz zu finden, sondern tritt als eine metagesetzliche Kategorie auf, soll aber gleichzeitig noch verbindliche Kraft haben."

Mit der Frage „soll man also den gesicherten Boden des Strafgesetzes verlassen müssen, um mehr oder weniger im Dunkeln zu tappen", weist Beling auf die Gefahr der Rechtsunsicherheit und die mehr gespensterhafte Gestalt der Norm hin. Aus Konstruktionsschwierigkeiten verneint somit Beling die Bindingsche

[1]) Beling, L. v. V. 115.

Norm, behält aber das Normprinzip bei, nur sind bei ihm die Normen, die Rechtssätze von einer bestimmten Seite betrachtet.

Mittels der Bezeichnung „Norm“ charakterisiert er einen Rechtssatz „als einen mit Verbindungskraft für menschliches Handeln ausgestatteten“. Den wesentlichsten Unterschied gegenüber Binding enthält die Belingsche Ansicht in der Beibehaltung und Betonung des typischen, im Strafgesetz enthaltenen Tatbestandes. Das Charakteristikum der Verbrechensart liegt in dem Tatbestand, eine gleichzeitige Konstruktion der Verbrechensarten auf Grund der Norminhalte ist unmöglich. Tatbestandseinheit und -Mehrheit, nicht Normeinheit und -Mehrheit sind für das Strafrecht grundlegend.[1]) „Der Typus des Verbrechens liegt im Tatbestand, nicht in der Norm. Nicht die detaillierten Einzelnormen sind es, mit denen wir zu arbeiten haben, sondern die Normalität oder Nichtnormalität der Handlungen überhaupt.“[2]) „Die Norm ist nur noch die Wertung der Tat nach Rechtswidrigkeit, sie drückt der Tat keinen Typus auf.“[3])

Stossen wir schon auf dem für die Normentheorie heimischen Boden, dem Strafrecht, auf Zweifel über die Brauchbarkeit der Theorie überhaupt, so ist ihre Anwendbarkeit als Richtschnur für den durch die Gesetze ausgedrückten Gehorsamswillen, besonders für die Hauptkontroverse, ob in Zivilgesetzen der Pflichtgedanke verwirklicht ist, noch weit mehr zweifelhaft.

Bestritten ist überhaupt die Frage, ob es Normen des Zivilrechts gibt. Binding verneint die Existenz einer Zivilrechtsnorm, sieht aber, wie schon erwähnt,[4]) hinter jeder zivilistischen Pflicht die Norm des öffentlichen Rechts und gibt hier gleich selbst zu, dass diese unendlich oft in der Form des ungesetzten Rechts und durchaus nicht immer im vollsten Umfange ihres Bestandes vorkommen. „Die Erfüllung aller zivilistischen Rechtspflichten ist zugleich Gehorsamsleistung gegen das Staatsgebot und stellt sich ihre Nichterfüllung — nicht gegenüber dem Inhaber des zivilen Rechts, wohl aber gegenüber dem Staate — als Ungehorsam dar.“

Beling dagegen leugnet jede Sondernatur der Norm und fasst die Norm als den Inbegriff des in den Rechtssätzen lebenden

[1]) Beling, a. a. O. 119.
[2]) Beling, a. a. O. 118.
[3]) Beling, a. a. O. 130.
[4]) Vergl. S. 23 ff. der Abhandlung.

staatlichen Willens, der Nachachtung heischt, und daraus ergibt sich nach seiner Ansicht auch für das Zivilrecht die Norm.[1])

Ergibt die ganze Theorie in ihrem inneren Aufbau schon ein ziemlich verschwommenes und unsicheres Bild, so will mir ihre Anwendbarkeit auf § 110 R. St. G. B. noch unmöglicher erscheinen. Einmal fingiert die Normentheorie einen Autoritätswillen des Gesetzes selbst, der aber nicht im Gesetzestatbestand enthalten ist, sondern ausserhalb desselben steht und selbst wieder öffentlich-rechtlichen Charakter trägt. Die ganze Interpretation ist eine zwangsweise und nicht aus dem konkreten Gesetzesinhalt entnommen. Es kann daher Hurwicz[2]) mit Recht ausführen:

„Resümieren wir die „Evolution", die Bindings Normen von Binding bis Beling durchgemacht haben, so ergibt sich folgendes: Bindings Befehle, Herrschergebote, kurzum konkrete Pflichten begründende Imperative werden bei Beling zu einem abstrakten, inhaltsleeren Maßstab der Normalität überhaupt, die einzelnen Normen stehen keineswegs fest, sondern inhaltlich flüssig zueinander und über das gegenseitige Verhältnis der Normen entscheidet Belieben und Willkür. Aus Bindings System wird bei Beling eine Normentheorie ohne Normtypen. Das Ganze verflüchtigt sich, wird zu einem problematischen Gedankengefüge, ohne feste Formen, ohne irgend welche Bestimmung seiner systematischen Zuständigkeit. Das Metagesetzliche der Bindingschen Normen erreicht seinen Höhepunkt und verwandelt sich ins „Metajuristische" überhaupt. In wie weit das einzelne Gesetz Gehorsamsnorm für das Verhältnis zwischen Staat und Staatsbürger ist, muss sich aus dem konkreten Gesetz selbst ergeben."

Sodann kann eine Theorie, welche speziell für das Strafrecht, genauer gesagt, für die Erklärung der zu einem Delikt notwendigen Rechtswidrigkeit geschaffen ist, nicht kurzerhand auf ein anderes Gebiet angewandt werden, weil der Inhalt desselben vielleicht etwas ähnlich klingt. Die Aufforderung zum Ungehorsam gegen Gesetze ist nicht gleich der Aufforderung zur Begehung eines Delikts, sondern die Gemeingefährlichkeit liegt in der Person des Auffordernden, der eine Mehrheit zur Rebellion gegen die bestehende Ordnung anstachelt. Die Feststellung einer solchen Tat kann aber nur mittels der bestehenden Gesetze und aus ihrem

[1]) Beling, a. a. O. 127.
[2]) Hurwicz, 11.

Inhalte selbst geschehen, weil die Aufforderung nur insofern von Bedeutung ist, als sie die Verletzung der aus dem Subordinationsverhältnis entspringenden Pflicht zum Inhalte hat.

Binding[1]) weist selbst auf den Unterschied zwischen Rechtspflicht und Gehorsamspflicht, d. h. auf den Unterschied zwischen Unrecht und Ungehorsam hin, sieht aber in jeder Verletzung der zivilistischen Pflicht auch eine Verletzung des Gehorsams gegen den Staat. Dieser Ansicht können wir nicht beipflichten. Die zivilrechtlichen Pflichten entspringen aus Privatrechten, d. h. aus den das wirtschaftliche Leben regelnden Privatrechtssätzen. Die Privatrechtssätze gewährleisten nur ein Recht, d. h. bei Erfüllung bestimmter im Gesetz normierter Voraussetzungen soll mir etwas zukommen, zu dessen Verwirklichung mir der Staat auf Anruf seine Hilfe gewährt. Dieses so entstandene Verhältnis hat aber keinen Einfluss auf den Staat in seiner Machtstellung und löst auch unmittelbar kein reflexives Auftreten des Staates als Gehorsamsautorität aus, sondern das Verhältnis entsteht in autonomer Weise zwischen den Staatsbürgern selbst, wobei das unten[2]) entwickelte Verhältnis zwischen Staat und Staatsbürger nicht tangiert wird. Es wird eben nur eine Rechtspflicht verletzt. Die Normentheorie ist nicht anwendbar zur Interpretation des § 110.

Die Normentheorie, die schon das gesetzliche Gebiet an sich, ja z. T. auch das juristische überhaupt verlassen hat, hat in M. E. Mayers Kulturnormen[3]) nun noch den letzten Versuch gezeitigt, aus der Kultur, als der untersten Schicht der Rechtsformation den Imperativ herzuleiten. Er führt folgendes aus:

„Man wird in unserer, wie in mancher anderen Frage, die die Grundbegriffe des Rechts betrifft, Widersprüchen und unbefriedigenden Resultaten erst entgehen, wenn man die überflüssige Fiktion, dass die Gesetze (oder eine Gruppe derselben) dem Volke Befehle erteilen, aufgibt. Weder die Strafgesetze, noch die bürgerlichen Gesetze fordern vom Untertan Gehorsam. Die Befehle, die man in den Gesetzen sucht, sind in dem Kulturgebot enthalten, in dem Gedanken, der dem Gesetze zu Grunde liegt, in dem einfachen Gebot, das sich ergibt, wenn man die staatliche Willenserklärung ihrer Form und damit ihres juristischen Wesens ent-

[1]) Binding, S. 99, Anm. 9.
[2]) Vergl. S. 13 ff. der Abhandlung.
[3]) M. E. Mayer, 368.

kleidet; in ihm ist die Weisung enthalten, die vom Bürger befolgt und missachtet werden kann. Somit ist es das Recht als Kulturmacht, das Recht in seiner ethischen oder, wenn man will, in seiner sozialen Bedeutung, das Gehorsam fordert. Das Gesetz in seiner juristischen Bedeutung, d. h. so wie es in den Gesetzen in die Erscheinung tritt, hat aber andere Funktionen, als die, dem Bürger Befehle zu erteilen. Befehle sind die Rechtsnormen für die Organe des Staates, denen die Handhabung des Rechts anvertraut ist. Die Gesetze sind Entscheidungsnormen. In ihrer Beziehung zu den Untertanen aber sind sie, gerade weil sie die staatliche Machtäusserung normieren, Garantien (Schutzversprechen), d. h. Zusagen, dass der Staat bestimmte Interessen anerkennen und mit bestimmten Machtmitteln zur Geltung bringen wird. — Somit ist der Ungehorsam gegen das Gesetz für eine von aller Jurisprudenz absehende Betrachtung Ungehorsam gegen die Kulturnormen, die in den Gesetzen anerkannt worden sind; die kulturfeindliche (antisoziale) Handlung ist zugleich die dem Gesetze den Gehorsam versagende. Hierher ist aber ebensowohl der Vertragsbruch als die Körperverletzung zu zählen; die Nichtzahlung des Kaufpreises ist nicht weniger eine kulturfeindliche Handlung, als der Betrug, nur ist sie in geringerem Grade antisozial."

„Hieraus ergibt sich nun, dass für die juristische Betrachtung — und nur auf sie soll hier Wert gelegt werden — Ungehorsam gegen Gesetze als Nichterfüllung von Rechtspflichten zu erklären ist. Denn Rechtspflichten sind nicht etwa von der Rechtsordnung auferlegte, sondern rechtlich erhebliche Pflichten. Sie sind (abgesehen von ihrer konkreten Entstehung) das Produkt aus herrschenden Werturteilen (Kulturnormen) und aus der garantierenden Funktion der Rechtsordnung; der erste Faktor produziert die Pflicht, der zweite legt die rechtliche Erheblichkeit bei; denn dadurch, dass der Staat dem Bürger zusagt, er werde dieses und jenes Interesse als ein berechtigtes behandeln, stellt er zugleich für denjenigen, der dem Interesse zuwiderhandelt, die Drohung auf, die Zuwiderhandlung werde repariert oder gesühnt werden, oder sonst welche Folgen haben. Somit bringt die garantierende Form des Gesetzes in ihrer Richtung auf den Verpflichteten die Rechtspflicht zur Entstehung. Hiermit ist sogleich gesagt, dass die Nichterfüllung von Rechtspflichten Ungehorsam gegen das Gesetz ist. Es wird diejenige Pflicht nicht erfüllt, die auch vom

Standpunkt des Gesetzes als solche gilt, — es wird der im Gesetz sich äussernde Staatswille missachtet."

„Die Schlussfolgerung, auf die wir nunmehr hingeführt sind, lautet: Diejenigen Gesetze, die die Entstehung von Rechtspflichten zur Folge haben, fordern Gehorsam. Die bürgerlichen Gesetze sind daher Gesetze im Sinne des § 110."

Sehen wir vorläufig von der den erforderlichen Befehl enthaltenden Kulturnorm ab und betrachten wir die Deduktion von M. E. Mayer nur mit Rücksicht auf den § 110, so müssen wir konstatieren, dass sich M. E. Mayer in seinen Ausführungen in einen Widerspruch verwickelt. Er scheidet zwischen der von aller Jurisprudenz absehenden Betrachtung und der reinen juristischen; legt aber nur auf die letztere Betrachtung Wert. Gehen wir auch von dieser aus, so ergibt sich, dass M. E. Mayer ebenfalls einen Befehl voraussetzt, welchem Gehorsam geleistet werden soll. Nur ist dann bei ihm Ungehorsam gegen Gesetze die „Nichterfüllung von Rechtspflichten"; es wird diejenige Pflicht nicht erfüllt, „die auch vom Standpunkte des Gesetzes als solche gilt, es wird der im Gesetz sich äussernde Staatswille missachtet". Damit sagt aber M. E. Mayer selbst, dass nur der im Gesetz sich äussernde Staatswille als gehorsamverpflichtend in Betracht kommt, mag der Inhalt des Gesetzes auch schon lange vorher in anderer Form bestehen. Massgebend und allein als Befehl und Wille kann er erst von juristischer Bedeutung sein, wenn er die gesetzliche Sanktion und Form angenommen hat. Damit geht aber der Befehl doch vom Gesetze aus.

Eingangs seiner Argumentation hebt dagegen M. E. Mayer besonders hervor: „Weder die Strafgesetze, noch die bürgerlichen Gesetze fordern vom Untertan Gehorsam, das Recht in seiner juristischen Bedeutung, so wie es in dem Gesetz in die Erscheinung tritt, hat andere Funktion, als die, dem Bürger Befehle zu erteilen." Hieraus ergibt sich, dass die letzteren Ausführungen im Widerspruch mit dem zuerst Gesagten stehen.

In der, wenn auch nicht ganz klaren und im Wortlaut sich widersprechenden Konstruktion M. E. Mayers, müssen wir die richtige Erkenntnis der Unterscheidung zwischen Pflicht zum Gehorsam und dem, den Willen zum Handeln enthaltenden Gesetz anerkennen; aber unmöglich erscheint es mir, die Pflicht zum Gehorsam in den Kulturnormen erblicken zu können. Ein für

alle mal müssen wir daran festhalten, dass aus reinen Normen, seien es nun die Normen Bindings oder die Kulturnormen M. E. Mayers, keine Gehorsamspflicht hergeleitet werden kann. Dieselben können vielleicht zur Auffindung von Rechtspflichten von Bedeutung sein, was wir hier nicht näher zu untersuchen haben. also als blosse Rechtsregeln gelten, aber nicht als Autorität in dem den Gehorsam bedingenden Subordinationsverhältnis angesehen werden. Was versteht überhaupt M. E. Mayer unter Kulturnormen? Er sagt in seiner Abhandlung „Rechtsnormen und Kulturnormen": „Die Kulturnormen sind keine Rechtssätze, sondern Gebote und Verbote, welche als religiöse, moralische, konventionelle, als Forderungen des Verkehrs und des Berufs an das Individuum herantreten."[1])

Es dürfte auch M. E. Mayer überzeugen, dass die Kultur als solche, oder in Gestalt der Kulturnormen keinen Gehorsam verlangen kann. Die Kultur ist keine Macht im staatsrechtlichen Sinn, sondern ein stets wechselnder Zustand, aus dem wir die innere Entwickelung des Staates ersehen können. Wir müssen uns unwillkürlich fragen, warum geht M. E. Mayer von der Relation Staat überhaupt ab und begibt sich damit in das äusserste Extrem der rechtsphilosophischen Anschauung? Es ist ein Sprung ins Dunkle, in ein nicht mehr greifbares Gebiet, das auf zu subjektiven Ansichten basiert, um daraus allgemein Gehorsam verlangende Grundsätze herleiten zu können. Abgesehen davon, dass sich die Kultur in steter Fluctuation befindet, dass wir nirgends einen sicheren Maßstab für sie haben, verlassen wir damit ebenso das juristische Gebiet und kommen ins metajuristische. Wir können den von den Kulturgeboten event. ausgehenden Befehl und die damit verbundene Pflicht nicht als massgebende Gehorsamspflicht betrachten im Sinne des § 110. Es handelt sich hier um einen abstrakten Begriff, der der autoritativen Macht entbehrt. Die zivilisierte Welt, d. h. den Menschen, können wir wohl als Träger der Kultur auffassen, aber niemals als jene Macht, die an ein einzelnes Individuum in rechtsverbindlicher Weise den Gehorsamsbefehl als Ausfluss einer autoritativen Gewalt erlassen kann. Die Kulturnormen gehören in das Gebiet der Ethik, Moral und Religion.[2])

[1]) M. E. Mayer, Rechtsnormen, 130.

[2]) Auch mit Rücksicht auf das internationale Strafrecht muss die Ansicht M. E. Mayers verneint werden.

Auch aus logischen Gründen können wir die Entwickelung M. E. Mayers nicht acceptieren. Die Behauptung, dass aus der Kultur[1]) die Pflicht zum Gehorsam gegen den Staat bezw. gegen Gesetze folge, ist ein Hysteronproteron. Die Kultur ist ja gerade Folge der aus dem Verhältnis „Staat" selbst entspringenden Pflicht zum Gehorsam. Die Voraussetzung der Kulturentwicklung und ihrer Normen ist ein geordnetes Staatswesen; solange dieses fehlt, kann keine Kultur entstehen. Dieses geordnete Staatswesen ist aber bedingt durch die Subordination des Untertan unter die Autorität des Staates, durch die Gehorsamsleistung gegen seine Erlasse, seine Gesetze. Folglich ist die Pflicht zum Gehorsam gegen die Gesetze bezw. den Staat eine Voraussetzung der Kultur und nicht eine Folge derselben. Der Staat ist das Primäre und die Kultur und ihre Normen das Secundäre. Keine Kultur ohne Staat.[2])

§ 6. Die Anfichf des Reichsgerichts.

Nach Ablehnung der seither erörterten Interpretationen des Begriffs „Ungehorsam gegen Gesetze" bleibt noch zur Betrachtung die ebenfalls charakteristische Ansicht der Praxis übrig.

Das Reichsgericht hat in zahlreichen Entscheidungen[3]) seine Auffassung kundgetan, welche sowohl die Begriffe „Gesetz, Verordnungen und Anordnungen" darlegt, als besonders den Begriff „Aufforderung zum Ungehorsam gegen diese Gesetzesformen". Lassen wir zunächst zur leichteren Erörterung das Reichsgericht selbst reden.

Nach der Ansicht des R. G. beruht die Strafbestimmung des § 110 auf dem Gedanken, es bestehe ein öffentliches Interesse daran, dass nicht die Achtung vor dem Gesetze und vor der Autorität der Obrigkeit erschüttert, der gesetzliche Sinn dem Volk untergraben und dadurch Veranlassung zur Störung der Rechtsordnung gegeben werde.[4]) Das Bedürfnis dieses allgemeinen

[1]) Wir nehmen natürlich Kultur im Sinne M. E. Mayers.

[2]) Gegen M. E. Mayer besonders Beling, L. v. V. 33, 184; Gerland, V. J, Schr. 46, 417, 434, 447 ff; Hegler 178 ff.; Hurwicz 12; Kelsen a. a. O. S. 370 ff.

[3]) E. E. II, 281: IV, 106; V. 60; VIII, 321; X, 296; XX, 63, 150; XXI, 192, 299, 304, 355; XXII, 185; XXIV, 189; XXVII, 406; XXXIV, 121; XXXVI, 417.

[4]) E. XX, 152.

Schutzes sei gerade am erkennbarsten bei den Gesetzen, deren Verletzung eben nicht unter besonderen strafrechtlichen Schutz gestellt ist. Gerade in ihrer Eigenschaft als Gesetzgeber soll die Staatsgewalt geschützt werden durch die Vorschrift des § 110. § 110 schütze das Gesetz an sich, bleibe auch vielleicht die Handlung des Einzelnen, soweit sie nicht ein besonderes Strafgesetz verletze, straffrei, so trete doch das Strafgesetz dem öffentlichen Anreizen zu solchem Verhalten wegen der darin liegenden Gefährdung der Rechtsordnung durch die Strafvorschrift des § 110 entgegen. Gegenstand des strafrechtlichen Schutzes sei hiernach die Autorität des Gesetzes an sich. Diese werde in gleicher Weise verletzt, welchen Inhalt das Gesetz auch habe, welchem Gebiet es auch angehöre. Die Aufforderung des Einzelnen als Adressaten zur Nichtbefolgung derartiger strafrechtlich nicht geschützter Gesetze schädige das Ansehen des Staates nicht, sei ihrer beabsichtigten oder eingetretenen Wirkung nach nur gegen ein bestimmtes Recht, sei es des Einzelnen, sei es des Staates, gerichtet. Der strafrechtliche Ungehorsam gegen die Gesetze sei aber nicht ohne weiteres mit der zivilrechtlichen Verletzung der Gesetze gegeben. Die blosse Nichterfüllung eines Vertrages, die auf Zahlungsunvermögen oder auch auf entgegenstehenden Einreden beruhen könne, begründe den Klaganspruch des Verletzten auf Erfüllung oder Entschädigung, bilde aber nicht das Tatbestandsmerkmal des Ungehorsams. Wenn zur Erfüllung des letzteren auch das blosse passive Verhalten genüge, so müsse dieses doch bewusst gewollt, gegen das Gesetz selbst gerichtet sein. Dabei sei aber nicht ausgeschlossen, dass sich dieses Verhalten in der äusseren Gestaltung seiner einzelnen Betätigung gegen ein bestimmtes Rechtsverhältnis zu bestimmten Personen richte; so richte sich in dem Fall der irischen Landliga die Weigerung der Pachtzahlung seitens eines bestimmten Pächters zunächst gegen seinen Verpächter, verletze dessen Vertragsmacht, begründe die Zivilklage auf Zahlung oder Entsetzung, berühre aber noch in keiner Weise die Grundlage der Rechtsordnung. Wohl aber werde die Grundlage erschüttert, wenn sämtliche Pächter einer gewissen Landschaft nicht aus Zahlungsunvermögen des Einen, aus rechtlich begründeten Einreden des Andern, sondern gemeinsamer Anregung folgend, in bewusstem Gegensatz gegen das Gesetz die Pachtzahlung verweigern.[1])

[1]) E. XX. 63.

Zum subjektiven Tatbestand des § 110 gehöre nicht die Absicht des Auffordernden, Ungehorsam zu betätigen und das Motiv des Auffordernden sei ohne Bedeutung.[1])

In E. XXII, 185 (Aufforderung der Bergarbeiter zum Vertragsbruch) führt dann das R. G. noch weiter aus, es sei zu prüfen und zu erörtern, ob die Aeusserung des Angeklagten dahin abzielte, den Entschluss im Andern hervorzurufen, der Vorschrift des § 81 des Berggesetzes bezw. des § 270 A. L. R. I. 5. schechthin und überhaupt Ungehorsam entgegenzusetzen oder ob nur zu einem konkreten vertragswidrigen Verhalten aufgefordert werde, so sei hier, wie der ganze Zusammenhang der Ausführungen ergäbe, das Wort „Absicht" nicht in einer besonderen technischen Bedeutung, sondern im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs, wie auch z. B. in § 266 St. G. B. als Bezeichnung für „bewußt gewolltes Handeln" gebraucht.[2]) Der § 110 R. St. G. B. komme nach der Ansicht des erkennenden Senats nur dann zur Anwendung, wenn der Täter mit Bewußtsein dazu aufgefordert habe, dem Gesetze schlechthin den Gehorsam zu verweigern, und diese Auflehnung handelnd zu betätigen; nicht aber, wenn nur zu einem konkreten gesetzwidrigen Tun aufgefordert werde.[3])

Noch besonders beachtenswert ist die E. XXI, 304, wovon die wichtigsten Ausführungen dahin lauten, dass keine wesentliche Verschiedenheit des Unrechts bestehe, je nach dem eine vom Civilgesetz unmittelbar auferlegte, oder durch Vertrag übernommene Pflicht verletzt werde, denn in beiden Fällen sei der Wille des Gesetzes mit der nämlichen Bestimmtheit dahin gerichtet, daß die Pflicht erfüllt werden solle und es enthalte darum auch die Verletzung einer lediglich vertragsmässig übernommenen Verbindlichkeit eine Verletzung des staatlichen Willens.

Die Arbeiter der Schuhfabrik (es handelt sich hier um eine Aufforderung, gerichtet an Arbeiter einer Schuhfabrik, zur Niederlegung der Arbeit, um dadurch bessere Löhne zu erzielen) wollten nur zu einem konkreten, vertragswidrigen Verhalten auffordern, um die Arbeitgeber zur Nachgiebigkeit gegenüber den gestellten Lohnforderungen zu zwingen. Sie hätten jedoch keineswegs die Autorität eines Gesetzes mißachten wollen. Da jedoch das Urteil

[1]) E. XX 185.
[2]) E. XX, 185.
[3]) E. XXI, 355.

der Vorinstanz noch weiter anzunehmen scheine, dass den Angeklagten die Vorschrift des Gesetzes, nach welcher der Niederlegung der Arbeit eine vierzehntägige Kündigung vorauszugehen habe, bekannt gewesen sei, so erweise sich deren Freisprechung als unhaltbar, denn ihre betreffenden Aeusserungen erfolgten dann mit dem Bewußtsein, dass sie auf die Verletzung eines Gesetzes abzielen, mit dem Bewußtsein also, dass sie zum Ungehorsam gegen das Gesetz aufforderten. Mehr sei subjektiv zur Anwendung des § 110 R.St.G.B. nicht erforderlich, denn derselbe gebe in keiner Weise zu erkennen, dass er die direkte Absicht, Ungehorsam gegen das Gesetz zu betätigen, zu seiner Anwendung verlange und es sei darum auch das Motiv, aus welchem die Aufforderung zum Ungehorsam erfolge, ohne Bedeutung. Neben dem bezeichneten Bewußtsein genüge es also, wenn nur die Vorschrift des Gesetzes überhaupt hätte erfüllt werden können und sonach die Aufforderung sie nicht zu erfüllen, eine rechtswidrige gewesen sei.

Stellen wir neben diese Interpretationen und Auffassungen des R.G. die den Kognitionen zugrunde liegenden Tatbestände, so werden die in den rein juristischen Ausführungen enthaltenen Unklarheiten im Ausdruck und die Widersprüche in der Begründung noch zahlreicher. Die Entscheidungen widersprechen nicht nur zum Teil jedem Rechtsgefühl, sondern weisen besonders eine ziemliche Willkür in der Rechtsprechung im einzelnen Falle auf.[1])

Das Charakteristische in der Ansicht des Reichsgerichts über den Begriff „Aufforderung zum Ungehorsam gegen die Gesetze“ ist die Tatsache, dass das R.G. einmal von dem Wortlaut des Gesetzes abweicht, sodann den erforderlichen Ungehorsam nicht aus dem konkreten Gesetz herleitet, sondern die Rechtsordnung überhaupt, das Gesetz schlechthin, die Autorität des Gesetzes, die abstrakte autoritative Macht der gesamten Rechtsordnung und die aus dem Verhalten des Täters sich ergebende subjektive Tatseite als Essentiale des Ungehorsams im Sinne des § 110, als Voraussetzung für die Bestrafung bezeichnet. Es nähert sich durch die aus seiner Ansicht sich ergebende Konsequenz der Imperativentheorie und subsumiert naturgemäß sämtliche Gesetze, auch die Privatrechtssätze unter den § 110. „Damit trägt das R.G. aber

[1]) Gegen die E. des R.G. besonders Frank § 110, I; Loening 1188; Frey 69; v. Liszt 565; Meyer-Allfeld 657; Seuffert 129; Hurwicz 30 ff.; wie das R.G. Rossmann, Olshausen § 110 Nr. 17.

auch Momente in den Tatbestand des 110 hinein, die diesem vollkommen fremd sind und die bei der Aufforderung zum Ungehorsam gegen andere als Civilgesetze auch noch niemals zur Strafbarkeit erfordert worden sind.“ (Loening, a. a. O.) Dabei wird es, wie die Entscheidungen selbst beweisen, äusserst schwierig werden, zu unterscheiden und den Beweis zu erbringen, ob nur zum konkreten Unrecht aufgefordert worden ist, oder ob die Aufforderung und die damit verbundenen Umstände eine grundsätzliche Mißachtung des Gesetzes schlechthin in allen seinen Erscheinungsformen einschliesst“ (Binding).

Weiterhin widerspricht die Auslegung des R. G. einer allgemeinen Aeusserung desselben, worin gesagt ist, dass es unzulässig sei, „den Zweck, dessen Erreichung der Gesetzgeber beabsichtigt, oder gewünscht hat, zur Auslegung eines Gesetzes zu verwerten, solange im Gesetz selbst der Zweck nicht einen, wenn auch unvollkommenen Ausdruck erhalten hat.“[1])

Als Zweck und Motiv bezeichnen wir übereinstimmend mit dem R. G. den Schutz der Autorität des Gesetzes und der Gesetzgebungsorgane. Um diesen Schutz zu erzielen, stellte der Gesetzgeber die Aufforderung zum Ungehorsam gegen Gesetze, Verordnungen und Anordnungen, und zwar gegen das konkrete Gesetz, unter Strafe. Es genügt also schon die Aufforderung zum Ungehorsam gegen konkrete Gesetze. Um nun die Klippe des Begriffes „Ungehorsam gegen Gesetze“ zu umgehen, erscheint es nicht angebracht, einfach das Motiv der Gesetzgebung zur Voraussetzung der Strafbarkeit zu machen und den Tatbestand *de lege lata* willkürlich zu verallgemeinern oder zu spezialisieren.

Die restrictive Interpretation des R. G. führt ausserdem zu vernunftwidrigen Resultaten. Es wäre z. B. nach der Auffassung des R. G. eine Bestrafung der Aufforderung zum Ungehorsam gegen die Gesetze des Strafrechts unmöglich, wenn sich aus dem Inhalt der Aufforderung nicht noch die Verletzung der Gesetzgebungsgewalt oder der Autorität des Gesetzes nachweisen liesse. Dieser Fall ist ebenso denkbar, wie die Aufforderung zum konkreten Ungehorsam gegen Privatrechtssätze, deren Bestrafung das R. G. verneint. Eine Bestrafung nach § 111 ist in diesem Falle nach der Ansicht des R. G. deshalb ausgeschlossen, weil sich § 111 nur

[1]) E. XXXIV, 127.

auf eine konkrete strafbare Handlung bezieht. Dieses Resultat kann sicher nicht der ratio des Gesetzes entsprechen.

Neben diesen positiven Gegenargumenten müssen besonders noch die in den Begründungen des R.G. sich findenden Widersprüche hervorgehoben werden. Das R.G. redet in einigen Entscheidungen von der zur Aufforderung erforderlichen Absicht. Es erörtert hier eigentümlicherweise ursprünglich nur das erforderliche psychische Verhalten der Aufgeforderten und verlangt in ihrem Verhalten ein bewußtes und gewolltes Zuwiderhandeln gegen das Gesetz selbst,[1]) betont aber im gleichen Atemzug, dass zum subjektiven Tatbestand des § 110 die Absicht des Auffordernden Ungehorsam zu betätigen nicht gehöre, und verlangt einen Erfolg der Aufforderung überhaupt nicht.[2]) Deshalb ist nicht ersichtlich, wozu vom Vorsatz des Aufgeforderten die Rede ist.

Andererseits soll § 110 nur zur Anwendung kommen, wenn der Täter mit dem Bewußtsein dazu aufgefordert hat, dem Gesetze schlechthin den Gehorsam zu verweigern und diese Auflehnung handelnd zu betätigen, nicht aber, wenn nur zu einem konkreten gesetzwidrigen Verhalten aufgefordert wird.[3]) Hier verlangt das R.G. zum Vorsatz des Aufforderns bewußtes und gewolltes Auffordern gegen das Gesetz schlechthin und diese Auflehnung handelnd zu betätigen. Was kurz vorher verneint wurde, wird hier wieder verlangt. Mit dieser Entscheidung steht nochmals im Widerspruch die E. XXI, 304. Hier genügt zum Vorsatz das Bewußtsein, durch die Aeusserung zum Ungehorsam gegen das Gesetz aufzufordern. Hier genügt der Ungehorsam gegen das konkrete Gesetz und die Absicht, Ungehorsam zu betätigen, wird ausser Betracht gestellt.

In der Entscheidung XXI, 304[4]) finden wir überdies eine Abweichung von der seitherigen Ansicht des R.G. überhaupt.

Das unmittelbar bevorstehende Inkrafttreten der R.G.O.-Novelle von 1891, durch welche die Koalitionsfreiheit garantiert wird, scheint das R.G. veranlasst zu haben, in § 110 ein Mittel zu finden, um die Aufforderung zum Arbeitsvertragsbruch[5]) unter Strafe stellen zu können. Da derselbe wohl nie, zum mindesten aber selten

[1]) E. XX, 68.
[2]) E. XXII, 185.
[3]) E. XXI, 355.
[4]) Frank, Z.Str.R. W. XIV, 375; vergl. M. E. Mayer, 370.
[5]) Weitere Ausführungen hierüber in § 14 der Abhandlung.

eine Verletzung der Autorität des Gesetzes beabsichtigt und die Aufforderung zum Streik ebenfalls nur die privatrechtlichen subjektiven Interessen der Vertragspartei im Auge hat, so war es dem R.G. auf Grund des bisherigen Standpunktes nicht recht möglich, die Aufforderung zum Streik als ein Vergehen gegen § 110 zu bestrafen.

— Obwohl die Tatbestände, wie z. B. die Aufforderung des Bergmannes: „Gott verdamm mich, heute könnt Ihr nochmal fahren, morgen aber nicht mehr,“[1]) keine Verletzung der Autorität der Gesetze enthalten, so fand das R.G. auch hier den Tatbestand des § 110 erfüllt. Im Falle der irischen Land-Liga,[2]) der im Grund genommen keine wesentliche Abweichung vom vorigen Falle im Tatbestand enthält, kam das R.G. dann wieder zu gegenteiligen Rechtsprechungen und betonte, dass in solchen Fällen nur konkreter Ungehorsam gegen das Gesetz vorliege. —

In E. XX, 304 erachtet das R.G. nämlich gegen jede seitherige Praxis als Grund zur Bestrafung der Aufforderung zum Ungehorsam gegen Gesetze für genügend, wenn nur mit dem Bewußtsein, ein Gesetz zu übertreten, aufgefordert wurde und die Vorschrift dieses Gesetzes überhaupt hätte erfüllt werden können, und sonach die Aufforderung, sie nicht zu erfüllen, eine rechtswidrige war.

Hier ist somit der konkrete Ungehorsam nach der Auffassung des R.G. unter § 110 subsumiert und seltsamerweise Ungehorsam gleich Rechtswidrigkeit gesetzt worden. Das oben bei der Polemik gegen Binding Ausgeführte muss dagegen eingewandt werden.[3])

Rechtswidrig kann wohl eine Handlung sein, aber Ungehorsam ist sie deshalb noch lange nicht. Die Rechtswidrigkeit ist Voraussetzung für das Strafgesetz als solches, nicht aber ein Merkmal für den Ungehorsam und somit für § 110. Die Civilgesetze geben wohl den Maßstab für rechtmässiges und rechtswidriges Verhalten, enthalten aber nicht das Gebot oder Verbot, das Gehorsam verlangt.

[1]) E XX, 150.
[2]) E. XX, 63.
[3]) Vergl S. 26 ff. der Abhandlung.

§ 7. Ergebnis.

Nach dem bisher Ausgeführten vertrete ich über den Begriff Ungehorsam gegen Gesetze kurz zusammengefasst folgende theoretische Ansicht:

Wir betrachten den Begriff Ungehorsam als Handlungsbegriff. Das Verhältnis von Staat zu Staatsbürgern kommt hier allein in Betracht. Der Staat ist der übergeordnete und die Staatsbürger sind der untergeordnete Teil. Aus diesem Subordinationsverhältnis entspringt die Pflicht zum Gehorsam. Die Gehorsamspflicht ist reine Untertanenpflicht. Diese Pflicht ist aber nicht unbegrenzt. Die Gesetze sind die Maßstäbe für die Gehorsamspflicht und Gehorsamshandlungen auslösende Bedingungen. Der Gehorsam ist nur in dem Umfang zu leisten, soweit er im Gesetz enthalten ist. Aber nicht alle Gesetze sind solche Maßstäbe für die Abgrenzung der Gehorsamspflicht, sondern nur die des öffentlichen Rechts. Entscheidend hierfür ist weder die Normen- noch die Imperativentheorie, sondern der Inhalt und der Zweck des konkreten Gesetzes, seine Bedeutung in dem Verhältnis von Staat zu Staatsbürger und der Staatsbürger untereinander. Die publizistischen Gesetze, diejenigen, die das Subordinationsverhältnis des Untertan und die Aufsichtshoheit bezw. autoritative Macht des Staates zum Ausdruck bringen, müssen wir unter § 110 subsumieren.

Wir schliessen daher im praktischen Ergebnis alle Privatrechtssätze, welche die im Sinne von Hurwicz (S. 24) entwickelte Autonomie darstellen, von der Anwendung des § 110 aus.[1]) Wir müssen jedoch scheiden zwischen Gesetzen, welche öffentlichrechtliche Pflichten enthalten und solchen, die nur eine Grundlage bilden, auf welcher infolge der geltenden Dispositionsmaxime von dem Richter ein streitiges Privatrechtsverhältnis entschieden wird. Nicht immer kann aber die ganze unter dem Titel Civilrecht untergebrachte Gesetzeskategorie schon an sich massgebend sein, denn auch im B.G.B. haben sich Sätze des öffentlichen Rechts eingeschlichen,[2]) deren eigentlicher Sitz das Verwaltungsrecht bezw. die freiwillige Gerichtsbarkeit wäre.

Als Gesetze des öffentlichen Rechts kommen vor allem in Betracht die Strafgesetze, Steuergesetze, Gesetze, betreffend die

[1]) Ebenso Frank § 110, I; Loening 1188, Frey 69, v. Liszt 565, Meyer-Allfeld 657, Seuffert 129, Hurwicz 30 ff.

[2]) Z. B. §§ 78, 1788, 1837, 1875 B.G.B. (Hurwicz S. 24).

Wehrpflicht, die Bestimmungen der Gewerbeordnung, die des Verwaltungsrechts u. s. w., soweit sie eben alle jenen, dem Subordinationsverhältnis eigentümlichen imperativen Charakter haben.

Ausscheiden müssen wir die Sätze des Kirchenrechts,[1]) die nicht Reichsgesetze sind, sondern aus der Autonomie der Kirche entspringen, kraft eigenen Gesetzgebungsrechtes, neben Staatsautorität und staatlicher Gesetzgebungsgewalt ihre Macht ausüben. Der Streit erstreckt sich hier nur auf die Frage der Sub- oder Koordination, die uns hier weiter nicht interessiert.

Zweifelhaft scheint mir die Strafbarkeit der Aufforderung zur Nichtbeteiligung an Wahlen zu sein. Es müssen hier die Ansichten auseinandergehen infolge verschiedener Auffassung des Wahlrechts überhaupt. Die früher herrschende Ansicht sah im Wahlrecht ein Recht, einen Anspruch des Staatsbürgers auf Beteiligung an der Ausübung der Staatsgewalt. In neuer Zeit ist dieses Recht von der Theorie in eine Pflicht verwandelt worden. Wir werden nun, wenn auch irgend welche Zwangsmittel oder Strafen bei Unterlassung dieser politischen Pflicht nicht Platz greifen und der Staat selbst keine Initiative ergreift, im Anschluss an die neuere Theorie, diese Pflicht als eine Gehorsamspflicht bezeichnen müssen. Die öffentliche Aufforderung, überhaupt nicht mehr zu wählen und das Staatssystem zu gefährden, wird daher wohl unter den § 110 zu fassen sein.

b. Der Ungehorsam gegen die Verordnungen und Anordnungen.

§ 8.

Neben der Aufforderung zum Ungehorsam gegen die Gesetze ist in § 110 die Aufforderung zum Ungehorsam gegen weitere Rechtsnormen unter Strafe gestellt, nämlich gegen rechtsgiltige Verordnungen und gegen die von der Obrigkeit innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffenen Anordnungen.

Die rechtsgiltige Verordnung, welche sowohl eine von der Regierung, als eine von einer Behörde innerhalb der Delegation

[1]) Ebenso Binding II, 381, 849; Hurwicz 34, dagegen Olshausen § 110 Nr. 17, Oppenhoff-Delius § 110 Nr. 1b.

erlassene sein kann, hat durch das Beiwort „rechtsgiltig" geteilte Meinungen hervorgerufen.[1])

Streitig ist, was das nachträglich auf Antrag Lasker debattelos eingeschobene Wort „rechtsgiltig" für eine Bedeutung hat. Wie sich aus der eingangs gegebenen geschichtlichen Entwickelung des § 110 ergibt, war in § 87 des preussischen Strafgesetzbuches eine nähere Abgrenzung und Feststellung der Verordnungen und Anordnungen durch irgend welche Beiworte nicht gemacht. Erst die Fassung des § 110 hat die Verordnung genauer bezeichnen wollen, durch das Wörtchen „rechtsgiltig". Für den ersteren § 87 bestand die extensive Interpretation, dass er für jede Verordnung anwendbar sei, wenn dieselbe auch nicht verbindlich sei. Allein von einem Ungehorsam gegen Verordnungen kann selbstverständlich nur dann die Rede sein, wenn wir ihre Verbindlichkeit voraussetzen. Durch die Anlehnung an die preussische Verfassungsurkunde, Art. 106,[2]) bei Abfassung des § 110 ergibt sich, dass wir zwischen Verbindlichkeit und Rechtsgiltigkeit unterscheiden müssen.

Der Antrag Lasker ist nicht nur zur Beseitigung eines Missverständnisses angenommen worden, sondern er ist gestellt, um den Unterschied zwischen einer formell als solcher erlassenen Verordnung und einer rechtsgiltigen hervorzuheben. Es genügt nicht, wenn die Verordnung in der gesetzlich vorgeschriebenen Form bekannt gemacht ist; sie muss zugleich dem materiellen Staatsrecht entsprechen.

Es kommen daher nur solche Verordnungen in Betracht, welche, wie Frank sagt[3]), staatsrechtlich giltig sind, nicht auch solche, welche, ohne staatsrechtlich giltig zu sein, gleichwohl vom Richter bis zu ihrer formellen Aufhebung als verbindlich behandelt werden. Der Richter hat daher bei Anwendung des § 110 zu prüfen, ob die in Betracht kommenden Verordnungen sowohl verbindlich als rechtsgiltig zustande gekommen sind. Welches der

[1]) Es kommen nicht nur die an das Publikum sich richtenden Rechtsverordnungen, sondern auch die innerhalb des hierarchischen Verwaltungsapparates als Dienstbefehle erlassenen Verwaltungsverordnungen in Betracht.

[2]) Art 106 lautet: Gesetze und Verordnungen sind verbindlich, wenn sie in der vom Gesetz vorgeschriebenen Form bekannt gemacht worden sind. Die Prüfung der Rechtsgiltigkeit gehörig verkündeter Verordnungen steht nicht den Behörden, sondern nur den Kammern zu.

[3]) Frank § 110, I, 1.

Gegenstand dieser Prüfung speziell ist, ergibt sich jeweils aus dem Reichs- bezw. Landesstaatsrecht.[1])

Die gegenteilige Ansicht, welche besonders von Oppenhoff-Delius, Rüdorff und Schütze[2]) vertreten ist, lässt sich von der Auffassung leiten, dass der preussische Richter im allgemeinen die Rechtsgiltigkeit verbindlicher Verordnungen nicht zu prüfen habe. Dagegen führt mit Recht John[3]) aus, dass dies nur eine Ausnahme von der Regel sei und die Grundansicht nicht beseitige. Sodann sei es zweifellos, dass durch Artikel 2 der Verfassung für das Deutsche Reich die Tragweite des Art. 106 bereits in erheblicher Weise verringert worden sei; denn trotz des preussischen Art. 106 sei auch der preussische Richter verpflichtet, die Rechtsgiltigkeit nicht nur der Verordnungen, sondern auch der Gesetze zu prüfen, wenn auch nur in Bezug darauf, ob das preussische Gesetz nicht mit einem Reichsgesetz in Widerspruch stehe. Wenn nun ein Reichsgesetz den Richter anweise, ehe er aus § 110 strafe, die Rechtsgiltigkeit einer verbindlichen Verordnung zu prüfen, so könne dem R. G., welches solches vorschreibt, der Art. 106 der preuss. Verfassungsurkunde nicht hemmend in den Weg treten.

Das R. G. steht in E. XXXVI, 422 ebenfalls auf gegenteiligem Standpunkt. Es sagt: Der § 110 habe das Gesetz und die Verordnung im Auge, welche gehörig bekannt gemacht und nach dem anzuwendenden Staatsrecht verbindlich seien. Wenn der Angeklagte glaube, Gesetze im Sinne des § 110 seien nur solche, welche nicht bloss verbindlich, sondern auch rechtsgiltig zustande gekommen seien, so habe er sich in einem unerheblichen Rechtsirrtum über das Strafgesetzbuch befunden. Es genüge das Bewusstsein, dass zum Ungehorsam gegen Bestimmungen aufgefordert wurde, welche in Verordnungen und Gesetzen enthalten seien.

Wenn auch diese Entscheidung mit Rücksicht auf die preuss. staatsrechtlichen Verhältnisse gefällt worden ist, so muss insbesondere in Hinsicht auf den oben geführten Gegenbeweis in der Rechtsprechung des R. G. wiederum ein Widerspruch konstatiert werden.

---

[1]) Derselben Ansicht Frank § 110 I, 1; Olshausen § 110, Nr. 17; Hälschner II, 797 ff.; John H. H. III, 103 ff.; Binding II, 849; H. Mayer 658, Nr. 5; Rubo § 110, IV.

[2]) Oppenhoff-Delius § 110, Nr. 2; Rüdorff-Stenglein § 110, Nr. 4; Schütze Lehrbuch S. 262, Nr. 12.

[3]) John H. H. III, 104.

Aus E. XXXIV, 120 folgt mit unzweideutiger Klarheit die gegenteilige, der herrschenden Meinung gerecht werdende Ansicht.

Die Strafbarkeit einer Aufforderung zum Ungehorsam gegen rechtsgiltige Verordnungen nach § 110 erfordere, so definiert hier das R. G., dass die Verordnung nicht nur von der zuständigen Stelle in die vorgeschriebene Form gekleidet, formell verbindlich, sondern auch inhaltlich dem geltenden Recht entsprechend materiell giltig sei. Daraus gehe hervor, dass der Ungehorsam gegen eine Verordnung von selbst deren erst mit vorschriftsmässiger Bekanntmachung eintretende rechtliche Existenz voraussetze. Mithin müsse das auf Beschluss des Reichstags eingefügte Wort „rechtsgiltig" den dabei ausdrücklich hervorgehobenen Sinn haben, die Uebereinstimmung des Inhalts mit dem bestehenden Rechte zu bezeichnen.

Den rechtsgiltigen Verordnungen sind gleichzustellen die von der Obrigkeit innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffenen Anordnungen.

Hier handelt es sich um solche Verfügungen der Behörden, welche sie kraft Delegation einer selbständigen Verfügungsgewalt erlassen und die konkreten Inhalt haben. Unter diesen Anordnungen ist nicht etwa eine Wiederholung eines Ausdrucks für die in gesetzlicher Form erlassenen Normen zu verstehen, sondern die im staatsrechtlichen Sinn unterschiedene dritte Abteilung von bindenden Befehlen, die Anordnungen und Verfügungen.

Es herrscht auch hier Streit. Wir können aber als herrschende Meinung die auch von der Praxis vertretene Auffassung bezeichnen, wonach unter Anordnungen im Sinne des § 110 solche Verwaltungsakte zu verstehen sind, welche das Verhalten der Staatsbürger regelnde behördliche Massnahmen darstellen.

Diese Anordnungen können dann solche sein, welche nur einen konkreten Fall treffen, wie sie z. B. von Frank, von Liszt[1]) als allein in Betracht kommend bezeichnet werden, oder sie können, wie Olshausen, Rüdorff, Stenglein, Oppenhoff-Delius, Klöppel, M. E. Mayer[2]), E. X. 296, XXI, 197, IV. 297 annehmen, nur als generelle Exekutivmassregeln Anordnungen im Sinne des § 110 sein.

Die dritte und wohl auch richtige Meinung, welche besonders von John, Hälschner, Merkel, Meyer, Binding, E. VIII. 321, VI. 305 vertreten wird, unterscheidet zwischen genereller und spezieller

[1]) Frank § 110, I, 2. v. Liszt 565.

[2]) Olshausen § 110, Nr. 19; Rüdorff-Stenglein § 110, Nr. 6; Oppenhoff § 110, Nr. 4; Klöppel, Pressrecht 406; M. E. Mayer 366.

Anordnung nicht; denn gegen beide kann öffentlich zum Ungehorsam aufgefordert werden.

Erzwingbarkeit oder Bestrafung der Nichterfüllung ist auch hier nicht erforderlich; doch muss die Anordnung einen imperativen Charakter haben.

Wenn die Anordnungen von der Obrigkeit innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassen sind, ist *quaestio facti* und jeweils nach dem einzelnen Verfassungsrecht zu beurteilen.

Hier steht dem Richter ebenfalls ein Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht bezüglich der Rechtsgiltigkeit einer solchen Anordnung zu.

Unter Obrigkeit werden wir nur solche staatlichen Organe zu verstehen haben, welche die Regierungsgewalt in einem gewissen Umfang selbständig ausüben können.

Die Aufforderung zum Ungehorsam gegen Befehle obrigkeitlicher Hilfsorgane kann unter § 110 nicht fallen. Soweit aber die Exekutivorgane als Werkzeug die von der übergeordneten Behörde erlassenen Anordnungen bekannt machen, ist auch die Aufforderung zum Ungehorsam hiergegen nach § 110 zu bestrafen.

B. Die Art und Weise der Aufforderung.

§ 9. Die Begriffe „Oeffentlichkeit", „Menschenmenge", „verbreiten", „anschlagen", „Aufforderungen" usw.[1])

Bei Erörterung der einzelnen Tatbestandsbegriffe, welche die Art und Weise der Aufforderung ausmachen, ist vor allem erforderlich, dass wir bei noch so spezieller Zergliederung und getrennter Wertung des einzelnen Begriffes stets den Zusammenhang beachten, in welchem der Begriff als Glied eines Ganzen vorkommt. Eine Zergliederung des absoluten Begriffs, frei von jedem tatbestandsmässigen Zusammenhang, würde uns vielleicht denselben in ganz anderem Lichte wiedergeben und wir kämen in die Gefahr, von der ratio des Gesetzes völlig abweichende Resultate zu erhalten.

[1]) Vergl. hierzu besonders M. E. Mayer 374 ff., Binding 838 ff., Silberberg 32 ff.; Frank § 110, II, Olshausen § 110, N. 4, Hurwicz.

Der Hauptbegriff, die „Aufforderung", ist eine an andere, an einen Einzelnen oder eine Mehrheit von Personen gerichtete Willenskundgebung, welche den Versuch enthält, irgend eine dieser Personen zu einem Handeln, einem Tun oder Unterlassen zu veranlassen.

In Betreff der Form oder des Mittels der Aufforderung gibt das Gesetz keinerlei Vorschriften; zum Auffordern genügt vielmehr nach dem üblichen Sprachgebrauch jede Kundgebung, welche eine Einwirkung auf den Willen anderer bezweckt. Diese letztere Ansicht[1]) des R.G. müssen wir aber dahin einschränken, dass die Aufforderung den Vorsatz zum Ausdruck bringen muss, eine strafbare Aufforderung gemäss § 110 zu begehen.

Ob wir einen Unterschied zwischen Aufforderung, Anpreisung und Anreizen machen sollen, ist *de lege lata* bestritten. Nach Hälschner[2]) ist sowohl Anpreisen als Anreizen nicht als ein Auffordern zu betrachten, wenn sie auch geeignete Mittel zur Anstiftung sind und andererseits die Aufforderung nicht mit ausdrücklich auffordernden Worten zu geschehen braucht.

Oppenhoff[3]) will zwischen Anreizen und Anpreisen unterscheiden, und nur das letztere als eine unter den Begriff Aufforderung fallende Willensäusserung bezeichnen. M. E. Mayer[4]) dagegen hält sowohl das Anreizen als das Anpreisen für strafbar.

In Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte des § 110, welche uns dartut, dass die Aufnahme dieser weiteren Arten der psychischen Einwirkung auf den Willen Dritter wohl in Erwägung gezogen wurde, welche aber ausdrücklich in dem § 110 nicht aufgenommen worden sind, werden wir wohl der Ansicht Hälschners beistimmen müssen.[5]) Diese Arten der Aufforderung sind höchstens von Bedeutung für den Tatbestand des § 111, in welchem die Aufforderung zur Begehung strafbarer Handlungen unter Strafe gestellt wird.

Gleichgiltig ist bei der Aufforderung, ob die Person, an welche sie sich richtet, der Willensäusserung Folge leistet und ob sie das betreffende Unternehmen zur Folge hat.[6]) Es muss aber die

[1]) E. IV, 106; Olshausen § 110 Nr. 3; Binding a. a. O; Hälschner II, 752.

[2]) Hälschner II, 752.

[3]) Oppenhoff § 85, Nr. 20 und 21.

[4]) M. E. Mayer 374.

[5]) So auch Olshausen.

[6]) Oppenhoff § 110, Nr. 23.

objektive Möglichkeit eines solchen Erfolges bestehen. Weiter ist erforderlich, dass durch sie ein Imperativ verletzt wird, ein Gebot oder Verbot. Für den Adressaten genügt bei der öffentlichen Aufforderung die Möglichkeit der Kenntnisnahme. Dass tatsächlich Kenntnis genommen wurde, ist nicht notwendig.[1])

Auch diese Frage der Kenntnisnahme der Aufforderung ist kontrovers. Binding und Olshausen[2]) verlangen sinnliche Perception der Aufforderung; ein Verständnis ist nicht erforderlich. Silberberg und das R.G.[3]) verneinen diese Frage. Hurwicz verlangt auf Grund seiner besonderen Auffassung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes überhaupt ebenfalls Kenntnisnahme. Ich glaube mit Rücksicht auf die weiteren Tatbestandsmerkmale öffentlich, Menschenmenge, verbreiten u. s. w. die objektive Möglichkeit der Kenntnisnahme zur Bestrafung für ausreichend erachten zu müssen. Schon in diesem Falle können wir von einer Gefährdung sprechen.

Die Aufforderung muss ferner nicht ausdrücklich erfolgen, sondern es genügt, wenn sie durch konkludente Handlungen geschieht.[4]) Dagegen muss sie die Ernstlichkeit ihres Inhalts erkennen lassen. Bezüglich des Aufgeforderten ist noch die besonders von Binding aufgeworfene und eingehend erörterte Frage seiner Handlungsfähigkeit zu untersuchen.

Binding[5]) sagt: „Anstiften kann man nur den Zurechnungsfähigen, aber auffordern zu Handlungen, welche objektiv rechtswidrig sind, kann man auch den Irren, den Wahnsinnigen."

Es mag zugegeben werden, dass die Aufforderung eines Unzurechnungsfähigen in den Fällen der privaten Aufforderung zu einer strafbaren Handlung als tatbestandsmässige Handlung angesehen werden kann; allein für den § 110 müssen wir, wie auch die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller die Zurechnungsfähigkeit des Adressaten verlangen. Gerade hier gewinnt das eingangs dieses Paragraphen Gesagte seine Bedeutung. Wir müssen den Begriff „Aufforderung" in enger Verbindung mit dem Begriff „Ungehorsam" betrachten. Es handelt sich hier um die

[1]) Vergl. näheres darüber in § 10 der Abhandlung.
[2]) Olshausen § 110, Nr. 4a; Binding 843; Frank § 110, III.
[3]) Silberberg 37, E. V, 71; Rüdorff § 110, Nr. 3.
[4]) Ebenso Olshausen § 49a—5a; Hälschner a. a. O.; Merkel 151.
[5]) Binding II, 841 ff., Rüdorff-Stenglein § 49a, Nr. 8.

Aufforderung zum Ungehorsam gegen Gesetze und nicht um die Aufforderung zur Begehung einer objektiv rechtswidrigen Handlung. Hier tritt besonders deutlich die Verwechslung von Unrecht und Ungehorsam hervor. Ein Geisteskranker kann wohl objektiv eine strafbare Handlung begehen, aber nicht einen Ungehorsam in dem oben (S. 9 ff.) definierten Sinn, eine Verletzung der Rechtsordnung ist damit ausgeschlossen und der Schutz des § 110 kann nicht in Betracht kommen.

Eine der mittelbaren Täterschaft analoge Teilnahmeform kann hier nicht konstruiert werden, weil wir nur einen ganz speziellen Fall der Aufforderung haben. Wenn wir einen Geisteskranken zum Ungehorsam gegen die Gesetze auffordern, so können wir in seinem psychischen Verhalten nicht „von einem Mangel des Verschuldens bei event. Erfüllung des objektiven Tatbestandes“[1]) reden; sondern die Möglichkeit der Erfüllung ist überhaupt ausgeschlossen, weil der Unzurechnungsfähige keinen Ungehorsam begehen kann; „damit kann von einem schweren sich Verfehlen durch Vorbereitung eigener Täterschaft nicht die Rede sein, weil dies unmöglich ist“. Die Strafbarkeit der Aufforderung eines Unzurechnungsfähigen zu einer strafbaren Handlung muss zugegeben werden, aber die Bestrafung der Aufforderung solcher Personen zum Ungehorsam gegen Gesetze ist zu verneinen.

Die dem Aufgeforderten event. zukommenden subjektiven Strafausschliessungsgründe können für den Auffordernden nicht von strafbefreiender Wirkung sein.

Als ein weiteres Tatbestandsmerkmal und zugleich erste Art der Aufforderung haben wir die Begriffe „öffentlich vor einer Menschenmenge“ eingehender zu betrachten. Zuvorderst möchte ich das in § 110 öfter gebrauchte Wort „öffentlich“ aus dem Tatbestand eliminieren und getrennt behandeln.

Das geltende St. G. B. gibt uns in seiner Gesamtheit keinen Anhaltspunkt oder gar positive Definition über den Begriff „Oeffentlichkeit“, obwohl sich derselbe in den einzelnen Tatbeständen häufig, wenn auch vielleicht in etwas modifizierter Weise wiederholt. Die Motive[2]) zum Strafgesetzbuch für den Nordd. Bund erwähnen ausdrücklich, dass von einer positiven Definition abgesehen werde. Man stelle es ins Ermessen und Urteil des

[1]) Nach Frank Seite 82, IV.
[2]) Motive 95.

Richters, einen konkreten Fall nach der Absicht des Gesetzes zu würdigen. Es geben aber die Motive einzelne Anhaltspunkte für die richtige Auffassung des Begriffes. Sie verweisen uns auf den Art. 125 des sächs. Strafgesetzbuches und suggerieren uns durch ihre Motivierung selbst eine bestimmte Auffassung des Begriffes „Oeffentlichkeit".

Massgebend für die Auslegung ist zunächst die dem gewöhnlichen Sprachgebrauch innewohnende Bedeutung des Wortes „öffentlich". Hiernach ist eine Handlung nur dann als öffentlich geschehen zu betrachten, wenn sie so vorgenommen wurde, dass sie, unbestimmt von welchen und wievielen Personen wahrgenommen werden konnte. Neben diesen Kriterien kommt es nicht darauf an, ob und wieviele Personen die Handlung wahrgenommen haben. Die Oeffentlichkeit ist ausgeschlossen, wenn die Wahrnehmuug nur von einem gewissen, nach Zahl und Verhältnis der inneren Zusammengehörigkeit besonders gearteten Personenkreis erfolgen konnte und, von event. Zufälligkeiten abgesehen, für ausserhalb stehende Personen im Moment der Handlung nicht bemerkbar war.

Um das Erfordernis der Anwesenheit von Personen bei der öffentlichen Vornahme der Handlung noch besonders zum Ausdruck zu bringen, ist im Gesetz der Begriff „vor einer Menschenmenge" hinzugefügt, analog dem Art. 57 des Bayr. Strafgesetzbuches. Doch ist hier die zu einer Menschenmenge erforderliche Personenzahl nicht weiter bestimmt, sondern ins Ermessen des Richters gestellt.

Der Ort der Handlung soll für die Oeffentlichkeit irrelevant sein.

Die den Begriff „Oeffentlichkeit" behandelnde Literatur[1]) lässt die Bezugnahme auf die Motive allenthalben durchblicken. Nur um ein geringes Plus oder Minus der Erfordernisse sind die Ansichten verschieden. Die grösste Abweichung von diesen im allgemeinen acceptablen Auslegungen macht Rubo[2]), der ausschliesslich auf die Eigenschaft des Ortes abstellt. Rubo muss sich jedoch davon überzeugen lassen, dass die Oeffentlichkeit oder Nichtöffentlichkeit z. B. einer Gerichtsverhandlung nicht von der Eigenschaft des Ortes abhängt, sondern von dem normierten, auf den konkreten Fall anzuwendenden Willen des Gesetzes, welcher je nach

[1]) Z. B. Oppenhoff-Delius zu § 85, Nr. 10; Olshausen § 110 Nr. 3 und bes. Lutz.

[2]) Rubo § 85.

den Umständen nur einen ganz bestimmten Personenkreis zulässt, oder der Allgemeinheit, d. h. jedermann die Möglichkeit der Anwesenheit gibt. Der Ort an sich kann immer öffentlich sein und bleiben, aber die Oeffentlichkeit, der Zutritt jedermanns kann trotzdem ausgeschlossen sein.[1])

Das R. G.[2]) will die Oeffentlichkeit ausschliessen in dem Falle, dass das Bestehen eines inneren Bandes von wechselseitigen persönlichen Beziehungen, welche zwischen den einzelnen, diesen Personenkreis bildenden Personen besteht, vorhanden ist und dem letzteren den Charakter eines in sich geschlossenen, nach aussen bestimmt Abgegrenzten gibt. Die Art und Weise, wodurch dieser Zusammenschluss begründet sein kann, ist verschieden und nach dem einzelnen Fall zu beurteilen.

Ziemlich übereinstimmend besteht auch die Ansicht, dass eine event. Bedingung, z. B. Eintrittsgeld, von welcher der Zusammentritt von Personen abhängig gemacht ist, noch nicht die Oeffentlichkeit ausschliesst. Es muss noch hinzukommen, dass dieser Kreis individuell enger begrenzt ist und ebenfalls in einem solchen engeren Verhältnis steht, welches eine gewisse intimere Beziehung zwischen den einzelnen Personen enthält und dieselben vereinigt. Das R. G. verweisst hier besonders auf politische Vereinigungen, bei welchen diese letzteren Momente im allgemeinen zu verneinen sind. Aus den bisher angeführten Gründen möchte ich z. B. ein vollständig besetztes Eisenbahncoupée, das sonst der Oeffentlichkeit zugänglich ist, trotz event. Platzmangels als öffentlich bezeichnen, denn hier ist dieser Zustand nur ein zufälliger. Das Primäre und Normale ist ein steter Wechsel der Personen. Das gleiche gilt bei Trambahnen usw. Schwieriger gestaltet sich die Frage der Oeffentlichkeit bei Fabriken. Hier wird aber die Oeffentlichkeit ausgeschlossen sein, solange die Handlungen innerhalb der Fabrikräume stattfinden, die dem allgemeinen Verkehr entzogen sind.

De lege lata tritt neben dem Begriff „öffentlich" noch das weitere Tatbestandsmerkmal „vor einer Menschenmenge" hervor. Was versteht das Strafgesetzbuch unter einer Menschenmenge?

Das Gesetz gibt uns keine Definition des Begriffs, wodurch

[1]) Umgekehrt kann ein privater Ort auf diese Weise zum öffentlichen werden.

[2]) E. X, 296; XXI, 254; XXII, 241; XXXXII, 112; XXXXIV, 123.

sich der konkrete Fall bestimmen liesse. Die Motive[1]) stellen hier ebenfalls die Abgrenzung ins Ermessen des Richters.

Erforderlich zu einer Menschenmenge ist jedenfalls eine Personenmehrheit. Es ist aber noch die weitere Frage zu beantworten, wieviel Personen eine solche Mehrheit bilden, die als Menschenmenge bezeichnet werden kann. Im allgemeinen stellen schon 2 Personen eine Mehrheit dar. Diese kann man aber nicht als eine Menschenmenge bezeichnen. Um die Zahl der Personen zu umgehen, verlangt eine Ansicht[2]) eine solche Personenmehrheit, deren Zahl nicht auf den ersten Blick bestimmt werden kann. Damit verharren wir aber auf derselben Unsicherheit, denn im allgemeinen ist die Fähigkeit der Bestimmung beim einzelnen Individuum verschieden gross; es würde damit auch eine allzugrosse Verschiedenheit der Urteile eintreten. Ein weiteres Moment für die Menschenmenge ist nach der Ansicht von Olshausen, dass eine Vielheit von Personen nicht in geordneter und regelmässiger Form aufgestellt oder eingeteilt ist, sondern dass sie sich als eine durcheinander gemengte, also ungeordnete, nach Zahl und Individualität nicht bestimmte Vielheit von Personen darstellt.[3])

Das R. G.[4]) hat in neuester Zeit besonders in Berücksichtigung von §§ 110 und 111 eine nähere Darlegung seiner Auffassung gegeben. Es geht aus von dem Gedanken, dass die Gefährlichkeit der in §§ 110 und 111 enthaltenen Aufforderung sich steigert, wenn sie vor einer grossen Anzahl, einer Vielheit von Menschen vorgenommen wird. Es verneint das notwendige Vorhandensein einer ungeordneten und zusammengewürfelten Mehrheit und betrachtet die äussere Anordnung der Versammelten, etwa das auf die vorhandenen Plätze verteilte Publikum in einem Theater nicht als Grund, der die Strafbarkeit der Aufforderung beseitigt. Auch die Arbeiter einer Fabrik und die, durch ihre politische Gesinnung verbundenen Teilnehmer einer Versammlung stellen eine Menschenmenge dar. Das Erfordernis der Unbestimmbarkeit nach Zahl und Individualität ist nach Ansicht des R. G. ebenfalls kein be-

[1]) Motive 96.

[2]) Binding II, 800; Hälschner II, 492; Frank § 110 II, 1a; Merkel 378.

[3]) So auch v. Liszt 404; Binding II, 844; H. Meyer 657, Rubo § 85, Nr. 2.

[4]) E. XXXX, 76.

sonderes Merkmal der Menschenmenge. Die schwere oder leichte Zählbarkeit der anwesenden Personen ist nicht ausschlaggebend.

Das R. G. hebt hier nur hervor, was für die Menschenmenge als nicht entscheidendes Merkmal gilt. Es ist aber nicht ersichtlich, was positiv erforderlich ist, um auf eine Mehrheit von Personen den Begriff „Menschenmenge" anzuwenden. Die besonders von M. E. Mayer[1]) hervorgehobene Unterscheidung von Menschenmenge und einer Menge Menschen scheint das R. G. nicht machen zu wollen. U. E. muss diese auch nach dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens vorkommende Unterscheidung zwischen einer grossen Mehrheit von Personen und einer Menschenmenge gemacht werden. Der Begriff Menschenmenge bezeichnet gerade das planlose wirre und ungeläuterte Auftreten von Menschen in grösserer Masse. Da mit dem Begriff „Menschenmenge" zugleich eng verbunden ist, der Begriff „Oeffentlichkeit", so sind alle für den Begriff „Oeffentlichkeit" erforderlichen Merkmale auch beim Auftreten einer Menschenmenge als erfüllt anzusehen, sodass wir bei den Worten „öffentlich vor einer Menschenmenge" von einem Pleonasmus reden können.[2])

Ich möchte die wesentlichsten, charakteristischen Merkmale für eine „Menschenmenge" in folgenden Worten zusammenfassen:

„Eine Menschenmenge ist eine Mehrheit von Personen, welche in wirrem Durcheinander ohne innere Zusammengehörigkeit auftritt, sodass ein Hinzutreten oder Weggehen von Personen diese Unbestimmtheit nicht beeinträchtigt. Zugleich müssen die für den Begriff „öffentlich" erforderlichen Momente erfüllt sein."

Hieraus würde sich ergeben, dass eine Truppenmasse oder das Publikum im Theater u. ä. keine Menschenmenge im Sinne des § 110 darstellen. Im letzteren Fall kann wohl der Begriff „Oeffentlichkeit" vorhanden sein.

Die Aufforderung muss dann weiter „vor" einer Menschenmenge geschehen, d. h. es genügt, wenn eine Menschenmenge vorhanden ist; nicht notwendig ist, dass diese aufgefordert wird. Ausreichend ist die Aufforderung eines Einzelnen. Auch genügt für dieselbe die Möglichkeit der Kenntnisnahme.

---

[1]) M. E. Mayer 376.

[2]) In dem Begriff „öffentlich" ist natürlich umgekehrt nicht schon der Begriff „Menschenmenge" enthalten. Richtiger wäre zu sagen: wer öffentlich oder vor einer Menschenmenge auffordert.

Die Aufforderung ist ferner strafbar, wenn sie geschieht durch Verbreitung oder öffentlichen Anschlag oder öffentliche Ausstellung von Schriften oder anderen Darstellungen.

Der Begriff „verbreiten", welcher in der Reihenfolge der nächste ist, erregt weiter das Interesse und zwingt uns die Frage auf, ob auch hier das Wort „öffentlich" zu ergänzen ist,[1]) oder ob es bereits in dem Begriff „verbreiten" steckt. Soviele Fragen, ebenso viele Antworten finden wir in Theorie und Praxis.

Aus dem Zusammenhang, sowie aus der Art des Delikts ergibt sich unzweifelhaft, dass auch der Begriff „verbreiten" das Moment der Allgemeinheit enthalten muss. Durch die Verbreitung von Schriften muss die Möglichkeit gegeben sein, dass eine Mehrheit von Personen Kenntnis von dem Inhalt derselben bekommen kann. Nicht erforderlich ist, dass der Begriff „öffentlich" vor das Wort „verbreitet" im Tatbestand gesetzt wird.[2]) Doch gehört der Begriff „verbreitet", wie auch M. E. Mayer[3]) hervorhebt, als eine besondere Art der öffentlichen Aufforderung in den Tatbestand des § 110.

Die Aufforderung muss erfolgen durch Verbreiten einer Schrift. Es muss die Schrift, welche die Aufforderung enthält, mindestens an mehr als eine Person weiter gelangt sein, wodurch dann die Möglichkeit entsteht, dass sie noch an weitere Adressaten gelangt. Keine Verbreitung ist die nur mündliche Mitteilung oder Vorlesung.[4]) Eine Verbreitung liegt ferner nicht vor, wenn die Schrift nur an eine Person oder an einen individuellen Personenkreis als vertrauliche Mitteilung gelangt, ohne dass die Absicht bestand, dieselbe einem weiteren Kreise zugänglich zu machen. Mit Recht weist M. E. Mayer[5]) darauf hin, dass die Uebergabe nur an eine Person mit der Absicht, sie weiter zu verbreiten, noch keine Verbreitung ist. Dieselbe ist erst vorhanden, wenn sie tatsächlich an mehr als eine Person gelangt ist.[6]) Nicht erforderlich ist, dass

[1]) Diese Frage wird bejaht von E. VII, 113; Binding II, 846; Hälschner II, 751; Olshausen § 110, Nr. 9; Frank § 110, Nr. 2.

[2]) John will „öffentlich vor einer Menschenmenge" ergänzt wissen.

[3]) M. E. Mayer 376 ff.

[4]) Olshausen § 110, Nr. 11.

[5]) M. E. Mayer 377.

[6]) Ebenso Olshausen § 110, Nr. 10; Frank § 110 II, 2a; dagegen E. IX, 71; XVI, 245; Meyer-Allfeld § 123, I; Oppenhoff-Delius § 85, Nr. 4;

die Personen, welche in den Besitz der Schrift gelangt sind, vom Inhalte der Schrift Kenntnis genommen haben. Dies entspricht auch dem ganzen Inhalt des Tatbestandes.

Als Täter kann nicht in Betracht kommen, wer die Schrift nur anfertigt, sondern nur derjenige, der tatsächlich die Verbreitungshandlung vornimmt.[1]) Täter ist auch derjenige, welcher die Schrift verwendet und zwar ist die Verbreitungshandlung hier vollendet in dem Augenblick, in welchem die Schriften an mehrere Adressaten zur Post aufgegeben sind, und dieselben die Möglichkeit haben, von ihrem Inhalte Kenntnis zu nehmen.[2]) Das R. G. will allerdings schon in der Aufgabe zur Post allein die Verbreitung erblicken. Dagegen ist einzuwenden, dass § 110 dreimal das Wort „öffentlich" gebraucht und damit hervorhebt, dass der Adressat die Möglichkeit der Kenntnisnahme haben muss. Wer durch Zusendung von Schriften im Sinne von § 110 einen Dritten zu der Verbreitung veranlasst, wird nicht als Täter, sondern nur als Gehilfe oder Anstifter zu betrachten sein. Täter kann nur sein, wer die Aufforderung und Verbreitung bewußt will und vollführt.

Im Gegensatz zum Begriff „verbreiten" ist den Begriffen „Anschlag oder Ausstellung von Schriften oder anderen Darstellungen" wesentlich, dass der Anschlag oder die Ausstellung an einem öffentlichen Ort fixiert wird, der jedermann zugänglich ist. Diese Begriffe dürfen bei der Interpretation nicht absolut genommen werden,[3]) sondern zur Erfüllung der ratio des Gesetzes genügt das Aufzeichnen, Ankleben, Bemalen und andere Arten der Verständlichmachung eines, die Aufforderung zum Ungehorsam gegen Gesetze und Verordnungen usw. zum Ausdruck bringenden Gedankens. Erforderlich ist, dass derselbe erkannt werden kann und zwar ohne weitere Handlungen dritter Personen, ohne dass man z. B. sich zuerst in den Besitz eines geschlossenen, in einem Schaufenster ausgestellten Buches setzen muss, um den genaueren Inhalt zu erfahren. Täter ist derjenige, welcher die Handlung begangen hat mit dem Vorsatze, zum Ungehorsam aufzufordern, nicht daher z. B. der Dienstmann, der die Zettel an die Mauer klebt.

[1]) Nach dem Entwurf 1869 wäre das erstere wohl möglich gewesen, wurde aber abgeändert durch den Antrag Fries; vergl. Binding II, 846; Olshausen § 110, Nr. 9; Rüdorff-Stenglein § 110, Nr. 3.

[2]) So Frank § 110 II, 2a; M. E. Mayer 378; dagegen E. XVI, 246.

[3]) E. IX, 284; Frank § 110 IIb; Olshausen § 110, Nr. 12.

§ 10. Die Vollendung des Delikts.

Für die Vollendung ist entscheidend die Auffassung und Auslegung des Begriffs „Aufforderung". Die Aufforderung verlangt, wie wir oben gesehen haben, keinen Erfolg, d. h. keine Ausführung der aufgeforderten Handlung. Wir können deshalb von Vollendung des Delikts sprechen, wenn die Aufforderungserklärung abgegeben ist — sei es mündlich oder schriftlich — und dritte Personen von der Aufforderung Kenntnis nehmen konnten. Nicht erforderlich ist, wie Frank[1]) meint, dass sie tatsächlich Kenntnis genommen haben, sondern schon die Möglichkeit der Kenntnisnahme genügt.[2]) Diese Möglichkeit kann natürlich, je nachdem die Aufforderung vor einer Menschenmenge oder durch Anschlag oder Verbreiten von Schriften geschah, verschieden sein. Es kommt besonders auf die Gefährlichkeit der Handlung an, die aber bereits mit der Möglichkeit der Kenntnisnahme vorhanden ist und welche die tatsächliche Kenntnisnahme nicht erfordert.

Die Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung ist unmöglich. Es fällt hier der Versuch mit der Vollendung zusammen. Von einem Anfang der Ausführung kann hier nicht die Rede sein, da wir nicht von einem Anfang der Aufforderung sprechen können. Entweder ist aufgefordert, dann hat der Täter die aufreizenden Worte bereits ausgesprochen oder es ist nicht aufgefordert worden, dann bestand nur in der Psyche des Täters die Absicht, in der Zukunft den aufreizenden Willen zum Ausdruck zu bringen. Ein Versuch könnte hier nur vorliegen, wenn die Handlung nicht zum Abschluss gebracht worden ist. Es lässt sich hier aber zwischen abgeschlossener und nicht abgeschlossener Handlung keine Grenze ziehen. Im letzten Fall liegt überhaupt kein Delikt vor und im ersten ist bereits die Vollendung vorhanden. Eine Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung könnte hier nur gemacht werden, wenn wir einen Erfolg der Aufforderung verlangen würden. Darüber schweigt aber der Tatbestand des § 110[3]).

Zur Vollendung gehört weiter, dass die Möglichkeit der Kenntnisnahme unmittelbar durch die Aufforderung geschaffen wird. Eine nachträgliche Mitteilung an Gehorsamspflichtige durch Dritte kann

[1]) Frank § 110 II

[2]) Ebenso Rüdorff-Stenglein § 110, Nr. 3; E. V, 60; Silberberg 37; dagegen v. Liszt § 175; Olshausen § 110, Nr. 4; Binding 843.

[3]) Die Strafbarkeit des Versuchs ist auf alle Fälle zu verneinen.

nicht als Vollendung betrachtet werden, sofern diese nicht in der Absicht des Täters liegt, z. B. bei Verbreitung von Schriften.

Eine Verhinderung der möglichen Kenntnisnahme bedeutet nicht Rücktritt vom Delikt, sondern überhaupt keine Aufforderung im Sinne des § 110. Die bisher geschehene Handlung muss immer straflos bleiben.

§ 11. Der zum Delikt erforderliche Vorsatz.

Die subjektive Tatseite, um mit Beling zu reden, muss hier umfassen einmal, dass der Täter die Aufforderungserklärung mit dem Bewusstsein abgibt, durch dieselbe jemand aufzufordern, dass durch sie ein Einzelner oder eine Allgemeinheit zum Ungehorsam gegen Gesetze und Verordnungen veranlasst wird. Er muss also die Tragweite seiner Worte kennen; nicht erforderlich ist das Bewusstsein der Giltigkeit oder Ungiltigkeit der Gesetze, Verordnungen oder Anordnungen.[1]) Der Vorsatz ist somit ausgeschlossen, wenn der Täter, wie Frank[2]) ausführt, die Aeusserung als Scherz aufgefasst wissen will.

Weiter kommt in Betracht, ob die Aufforderung gewollt ist. Der Wille muss sich darauf erstrecken, dass die abgegebene Willenserklärung die Tendenz haben soll, den Ungehorsam bei dem Adressaten auszulösen und die gebotene Pflicht zum Gehorsam zu verletzen. Der Täter muss wollen, dass der Inhalt seiner Aufforderung diesem Zweck diene. Sein Wille braucht sich aber nicht auf einen bestimmten Erfolg zu richten, den die Adressaten herbeizuführen hätten. Dies wäre nicht mehr Vorsatz, sondern Absicht. Wir finden zwar dieses Wort „Absicht" einigemale bei der Behandlung des Vorsatzes in der Literatur gebraucht. Es wird dasselbe dort aber immer im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauches zu fassen sein. Nur Hälschner[3]) scheint den Begriff „Absicht" im technischen Sinn aufzufassen, denn er sagt, „der Täter müsse in der Absicht handeln, den Aufgeforderten zu der Tat zu bestimmen". Dies steht aber im Widerspruch mit der Verneinung des Erfolgs.

Gleichgiltig ist auch das psychische Verhalten des Aufgeforderten. Er braucht sich nicht, wie das Reichsgericht verlangt,

[1]) Nach Olshausen § 110, Nr. 23 genügt *dolus eventualis*.
[2]) Frank § 110 II.
[3]) Hälschner II, 799.

über den Inhalt der Aufforderung bewusst zu sein. Für den Adressaten genügt vollkommen die Möglichkeit der Kenntnisnahme.

Entsprechend der vom R.G. in seinen Entscheidungen vorwiegend vertretenen Auffassung über den Begriff „Ungehorsam gegen Gesetze" weicht M. E. Mayer[1]) von dem oben Ausgeführten ab. M. E. Mayer verlangt zum Vorsatz mehr als das bewusste und gewollte Auffordern zum Ungehorsam. Nach seiner Ansicht kann eine Bestrafung nur eintreten, wenn feststeht, „dass der Täter mit dem Vorsatz gehandelt hat, eine in der Nichterfüllung einer Rechtspflicht sich bekundende Missachtung der Staatsgewalt herbeizuführen".

Gegen diese Ansicht von M. E. Mayer möchte ich ähnliche Gesichtspunkte ins Feld führen, wie gegen die Entscheidungen des R.G. Meines Erachtens geht auch dieses Verlangen zu weit. Es ist aufgestellt, um die Privatrechtssätze in jedem Fall im Sinne des § 110 als Gesetz fassen zu können. Es genügt hier zum Vorsatz das bewusste und gewollte Veranlassen zur konkreten Verletzung der im Gesetz in den Verordnungen und Anordnungen enthaltenen Gehorsamspflicht. Hierzu noch das Bewusstsein der Missachtung der Staatsgewalt zu verlangen, macht den Tatbestand zu eng. Die Frage des Beweises im Prozess wird dabei zu oft auf der Kippe stehen. Die Worte Bindings, die er gegen das R.G. gebraucht, sind hier ebenso angebracht, so dass wir in etwas modifizierter Weise sagen können: „Bei allen Aufforderungen zum Ungehorsam nun aber festzustellen, ob der von M. E. Mayer verlangte Vorsatz vorhanden ist, ist ein Kunststück, das man besser nie versucht, weil es stets misslingt."

Eine Schrift oder wissenschaftliche Arbeit, welche etwa vom kriminal-politischen, religiösen, nationalökonomischen oder sozialen Standpunkt aus den Beweis zu führen sucht, dass diese oder jene unbestrittenermassen strafbare Handlung, z. B. das Duell, der Wucher, nach richtigen Grundsätzen nicht strafbar oder erlaubt sein müsste, kann nicht als eine Aufforderung zum Ungehorsam gegen Gesetze angesehen werden, wenn der Täter nicht den Vorsatz hatte, zum Ungehorsam gegen Gesetze aufzufordern. Eine fahrlässige Begehung der Aufforderung ist ausgeschlossen.

---

[1]) M. E. Mayer 370.

§ 12. Subjekt und Gegenstand des Deliktes.

Nach geltendem Reichsstrafgesetz kann als unbestrittene und sichere Tatsache gelten, dass Subjekt, d. h. Täter des Delikts, sowohl der Inländer als der Ausländer sein kann. Beide können zum „Ungehorsam gegen Gesetze" auffordern. Wohl davon zu unterscheiden ist die Frage, ob beide in derselben Weise sich nach deutschem Recht strafbar machen. Soweit die Aufforderung innerhalb Deutschlands erfolgt und sich gegen deutsche Gesetze richtet, wird nach den Grundregeln des allgemeinen Teils unseres St. G. B. keine Schwierigkeit entstehen. Nach § 3 R. St. G. B. ist eine strafbare Handlung, welche auf deutschem Gebiet begangen ist, nach deutschem Recht strafbar, auch wenn der Täter ein Ausländer ist.

Wenn die Aufforderung durch Verbreiten erfolgt, könnte der Begriff „Täter" Schwierigkeiten machen. Es ist aber nach herrschender Ansicht[1]) als Täter zu betrachten, wer die Verbreitungshandlung begeht und zugleich den Vorsatz der Aufforderung zum Ungehorsam gegen Gesetze hat. Wenn ein Dritter z. B., welcher sich in Deutschland befindet, vom Auslande her beauftragt wird, zugesandte Schriften zu verbreiten, so ist bei Vollführung der Handlung dieselbe im Inland begangen, obwohl sich der Auffordernde im Ausland aufhielt. Der Dritte kann wegen Mittäterschaft oder Beihilfe bestraft werden, je nachdem das Moment des gemeinschaftlichen Handelns vorhanden ist oder fehlt. Die Strafbarkeit des Täters wird zweifelhaft, sobald wir den Täter die Tat im Auslande begehen lassen oder zum Gegenstande des Delikts nicht mehr die inländischen Gesetze und Verordnungen machen, sondern die ausländischen.

Im ersten Fall bekommen wir verschiedene Resultate, je nachdem wir den Täter einen Deutschen oder einen Ausländer sein lassen. Der § 4 des Allgem. Teils unseres St. G. B., welcher grundsätzlich die Verfolgung einer im Auslande begangenen strafbaren Handlung verneint, macht für den deutschen Täter in Abs. 3[2])

[1]) Vergl. hierzu oben § 9 der Abhandlung.

[2]) § 4, Abs. 3 wird hier nach der herrschenden Meinung behandelt, wonach zuerst zu prüfen ist, ob die Tat nach inländischem Recht überhaupt ein Delikt ist (abstrakt). Wenn ja, ob dieses Gesetz zur Anwendung zu bringen ist (konkret). Wenn die Tat nach deutschem Recht ein Delikt ist, und die Strafbarkeit bejaht wurde, so ist zu fragen, ob das inländische oder ausländische Strafgesetz anwendbar ist. Vergl. hierzu bes. Hegler 5.

eine Ausnahme. Dieser Absatz 3 präsumiert den Fall, dass die Tat auch an dem Orte der Begehung mit Strafe bedroht ist. Die Aufforderung richtet sich hier somit gegen deutsche Gesetze und Verordnungen. Soweit sich ähnliche Bestimmungen in einem ausländischen Strafgesetzbuch finden, werden sie ebenso, wie § 110, nur die einheimischen Gesetze und Verordnungen unter diesen Begriffen verstehen. Ein Bedürfnis für den Schutz der Rechtspflege des Auslandes war bei Fassung der geltenden Strafgesetzbücher jedenfalls nicht vorhanden und nicht beabsichtigt, da damals die internationalen Gesetzgebungsbestrebungen noch tief im Schlummer lagen. Diese Strafbestimmungen wurden alle mit den soeben genannten Intentionen erlassen. Es fehlt daher die nach § 4 Abs. 3 R.St.G.B. erforderliche Strafdrohungsbedingung.[1]) § 110 kann deshalb nicht zur Anwendung gebracht werden.

Im Zusammenhang hiermit muss die bereits angeschnittene Frage, ob unter die Begriffe „Gesetze und Verordnungen usw." die analogen Rechtsetzungsformen des Auslandes fallen, oder ob § 110, wie der ganze 6. Abschnitt des St.G.B. überhaupt, nur die deutschen Verhältnisse umfasst, behandelt werden. Mit der doppelten Möglichkeit der Fragestellung ist zugleich die Mehrheit der vorhandenen Meinungen angedeutet. Es hat sich aber in der Theorie allmählich eine herrschende Ansicht[2]) herausgebildet, welche die erste Frage *de lege lata* verneint, dieselbe aber *de lege ferenda* für die entsprechende Fassung der in Betracht kommenden Gesetze bejahen möchte. Für die herrschende Meinung tritt in neuerer Zeit besonders Hegler nachdrücklich ein, der den § 110 ebenfalls nur auf inländische Verhältnisse angewandt wissen will. Nach dieser herrschenden Meinung, welcher ich mich ebenfalls anschliessen möchte, ist das Vergehen gegen § 110, im Inland gegen das Ausland und im Ausland gegen das Inland begangen, sowohl für Inländer als Ausländer nach deutschem Recht nicht strafbar.

Hinsichtlich der Aufforderung zum „Ungehorsam gegen Gesetze und Verordnungen" liegt nach den heutigen internationalen Rechts- und politischen Verhältnissen ein dringendes Bedürfnis vor,

---

[1]) Vergl. Beling L. v. V. 105, Ziff. 4.

[2]) Vertreten von John H. H., Bd. III, 91; v. Schwarze 313; Rubo 95; Heinze G. A. 17, 737; Geyer II, 137; Hälschner II, 794/95; Rüdorff-Stenglein § 110, Nr. 1; Merkel 388; v. Liszt 357; Seuffert Z.St.W. 15, 820; Schulz 14, 61; M. E. Mayer 439 ff.; Binding 374, 814; Streit 68; Olshausen, Frank Abschnitt 6; Hegler 94.

auch dem inländischen Staat die Möglichkeit zur Bestrafung[1]) der gegen die ausländischen Gesetze und vom Inländer gegen inländische Rechtspflege im Ausland begangene Aufforderung zum Ungehorsam einzuräumen. Diese den modernen, engeren völkerrechtlichen Beziehungen und der Vermehrung von gemeinschaftlichen Interessen einzelner Nationen entsprechende Strafgesetzgebung befürwortet schon Schulz. In neuester Zeit haben besonders M. E. Mayer[2]) und Hegler[3]) ähnliche Gesichtspunkte vorgebracht. Im Zusammenhange mit § 110 weist ersterer besonders auf den Anarchismus hin, dessen Gemeingefährlichkeit für bestehende Staatswesen und seine weite Verbreitung Grund genug gibt, um durch Verbürgung der Gegenseitigkeit sowohl in Deutschland wie im Auslande, sowohl die Bestrafung der Ausländer wie Inländer, gleichgiltig, ob sich die Aufforderung gegen Inland oder Ausland richtet, zu ermöglichen.

§ 13. Das Verhältnis von § 110 zu § 111. Die Aufforderung im Allgemeinen.

Die häufige Wiederholung des dem § 110 charakteristischen psychischen Tatumstands, die Aufforderung, veranlasst uns, diese Deliktsart einer eingehenderen Betrachtung zu unterziehen. Durch die Art und Weise der Aufforderung, welche eine öffentliche oder nichtöffentliche sein kann, wird die ganze Kategorie in zwei Arten gespalten.

Die häufigere und in Nebengesetzen wiederholt vorkommende Aufforderung ist die öffentliche, vor einer Menschenmenge oder durch Verbreitung und öffentlichen Anschlag von Schriften und Darstellungen geschehende. Sie tritt uns entgegen in §§ 111, 85 R. St. G. B., § 16 des Reichspressgesetzes, sowie in § 110 des Sprengstoffgesetzes. Die nichtöffentliche Aufforderung ist in §§ 49a, 112 R. St. G. B. und § 102 der Seemannsordnung enthalten.

Dem § 110 sowohl räumlich als inhaltlich am nächsten steht § 111. In § 111 ist die öffentliche Aufforderung zur Begehung einer strafbaren Handlung unter Strafe gestellt. Die Art und Weise der Aufforderung soll dieselbe sein wie in § 110. Streit

[1]) Dagegen R. G. E. 8, 53 speziell für § 113; Berner 385; Schütze 260; Oppenhoff-Delius Abschn. 6; Meyer 635.

[2]) M. E. Mayer 442.

[3]) Hegler, a. a. O.

rief nun hier hervor, in welchem Verhältnis die §§ 110 und 111 zu einander stehen.

Sicher ist, dass die Grenzlinie zwischen öffentlicher Aufforderung zum Ungehorsam gegen Strafgesetze und der Aufforderung zur Begehung einer strafbaren Handlung nicht auf den ersten Blick erkennbar ist, dass überhaupt der Inhalt der Aufforderung in beiden Paragraphen, oberflächlich betrachtet, als derselbe erscheint. Bei näherem Zusehen lässt sich jedoch ein wesentlicher Unterschied der objektiven Tatbestände konstatieren.

Was zunächst den Begriff Aufforderung anlangt, so weist uns § 111 Abs. 1 auf die im allgemeinen Teil des R. St. G. B. enthaltene Teilnahmelehre, spezieller die Anstiftung hin. Es drängt sich unwillkürlich die Frage auf, wozu im besonderen Teil des Strafgesetzbuches nochmals eine Sonderbestimmung über die öffentliche Aufforderung zur Begehung einer strafbaren Handlung enthalten ist. Ist Nichtaufforderung überhaupt gleich Anstiftung?

Die letztere Frage finden wir in der Literatur verschieden behandelt. Die eine Ansicht[1]), welche die Frage bejaht, und als die herrschende bezeichnet werden kann, sieht die Begründung darin, dass eben zwischen der psychischen Beeinflussung des täterischen Willens durch Anstiftung und der Aufforderung kein wesentlicher Unterschied bestehe. Beide setzen die erforderliche *conditio sine qua non*. Die im Allgemeinen verlangte Accessorietät der Anstiftungen darf nicht zu eng gefasst werden. Die Willensäusserung, die sich nur an eine individuelle Person richtet, kann für den Unterschied der Anstiftung und Aufforderung nicht entscheidend sein. Wenn kein Erfolg verlangt wird, so handelt es sich um einen strafbaren Versuch der Anstiftung, wie wir ihn in § 49a und § 111 Abs. 3 normiert finden.[2]) War man bei der Redaktion des Strafgesetzbuches auch davon ausgegangen, dass der Versuch der Anstiftung straflos ist, so finden die Ausnahmefälle, in denen er gleichwohl für strafbar erklärt wurde, ihre Rechtfertigung darin, dass die versuchte Anstiftung vermöge ihrer Form als öffentliche Aufforderung oder infolge der Delikte, auf welche sie sich bezieht, besonders gefährlich erscheint.[3])

[1]) Vertreten von Schwartze 111, 5; Geyer H. H. II 135, IV 151; Grundriss II 135; Binding I 590; Olshausen § 49a, Nr. 16; Hälschner II 500; Berner 146, 9.

[2]) Einen strafbaren Versuch der Anstiftung enthält auch § 159 R. St. G. B.

[3]) Hälschner 408.

Dagegen wird von der mehr an geltendem Recht hängenden Ansicht[1]) zwischen Aufforderung und Anstiftung im technischen Sinn ein wesentlicher Unterschied gefunden, obwohl im Sprachgebrauch keiner besteht und der psychische Effekt beim Angestifteten und Aufgeforderten derselbe ist. Die Aufforderung, besonders die öffentliche, richtet sich nicht an eine bestimmte Person. Umgekehrt ist bei der Anstiftung eine wirklich begangene Haupttat vorausgesetzt; die accessorische Natur der Anstiftung wird besonders betont und als wesentlich bezeichnet. Die redaktionelle Abweichung der §§ 111 und 49a, der erstere im besonderen Teil, der letztere in der Lehre über die Teilnahme aufgeführt, wurde, da hieraus die Absicht des Gesetzgebers erhellt, die Aufforderung von der Anstiftung zu unterscheiden, ebenfalls für diese Ansicht als entscheidend aufgeführt. Bei der öffentlichen Aufforderung zu strafbaren Handlungen wird noch besonders hervorgehoben, dass § 111 nicht nur Verbrechen und Vergehen, sondern jede strafbare Handlung, auch die Uebertretung umfasse. Hieraus ergibt sich auch eine Abweichung von § 49a R. St. G. B.

Diese ganze Streitfrage über das Verhältnis von Aufforderung zur Anstiftung, bezw. versuchter Anstiftung, die sich in diesem Fall nur auf strafbare Handlungen bezieht, können wir bei unserer Erörterung offen lassen. Hier ist hauptsächlich zu untersuchen und ist weit wichtiger das Verhältnis von § 110 zu § 111 überhaupt. Nicht die Verschiedenartigkeit der Willensäusserung in ihrer psychischen Wirkung und in ihrem Verhältnis zu einem etwa erforderlichen und vielleicht nur durch Zufall eintretenden Erfolg, sondern der Inhalt der Aufforderung, der in der Psyche des Auffordernden enthaltene Wille tritt hier in den Vordergrund.

Der § 110 selbst kommt bei der oben angeschnittenen Frage der Anstiftung deshalb nicht weiter in Betracht, weil es sich hier in erster Linie nicht um das Hervorrufen einer strafbaren Handlung, eines Verbrechens oder Vergehens, oder einer Uebertretung, um die Verletzung eines konkreten Rechtsguts, sondern um die Aufforderung zum Ungehorsam gegen Gesetze und Verordnungen, um einen Angriff auf die abstrakte Staatsgewalt handelt. Diese Aufforderung kommt in Kollision mit § 110, sobald es sich um

[1]) So Oppenhoff § 111, Nr. 4; Rüdorff § 111, Nr. 5; Schütze 271, Anm. 45; Frank § 48, III, 2 und § 111, II; E. III, 145; v. Liszt 224, Nr. 6; 564, I.

ein spezielles Strafgesetz oder um die Strafrechtssätze überhaupt handelt. Hier greift für die Abgrenzung der beiden §§ 110 und 111 wiederum eine in allen möglichen Spielarten auftretende Streitfrage Platz.

In Frage steht, welche Art von den in der Strafrechtslehre aufgestellten Möglichkeiten des Zusammentreffens mehrerer strafbaren Handlungen hier in Betracht kommt. Von Bedeutung ist das Verhältnis der Spezialität, die Gegenüberstellung von *lex generalis* zu *lex spezialis* oder die Auffassung, dass auf beiden Seiten ein verschiedenartiges, aber selbständiges *delictum sui generis* vorliegt und damit die Möglichkeit der Idealkonkurrenz besteht.

Die eine Meinung[1]), welche anfangs auch vom R. G. vertreten wurde, sieht in § 111 die *lex spezialis* und in § 110 die *lex generalis*. Der § 111 richte sich gegen die in gleicher Weise wie in § 110 erfolgende Aufforderung zu einer strafbaren Handlung. § 110 sei eine Vorschrift, welche begrifflich dieselben Merkmale in sich schliesse, wie § 111. § 111 enthalte insofern einen spezielleren Tatbestand, als er eine Aufforderung zu einer bestimmten und zugleich strafbaren Handlung erfordere. Die Anwendung des § 110 sei sonach ausgeschlossen, insoweit der speziellere Straffall des § 111 vorliege, ohne Unterschied, ob sich je nach Lage des Falls bei Anwendung des § 111 eine härtere oder gelindere Strafe herausstelle als bei der Anwendung des § 110.

Gegen diese Ansicht wendet besonders M. E. Mayer[2]) ein, dass sie absolut unhaltbar sei, weil die Strafdrohungen ein solches Verhältnis der Spezialität nicht zulassen; andererseits lasse sich aus dem Tatbestand des § 111 beweisen, dass dieser niemals der speziellere sein könne, was sich besonders aus den Grundsätzen der Logik ergebe. Nicht der § 111 habe, wie es aus logischen Gründen erforderlich sei, den kleineren Umfang und enthalte ein wesentliches Merkmal mehr, sondern gerade das Gegenteil sei der Fall.

Wir sind damit bei der entgegengesetzten Ansicht angelangt, welche § 110 als das speziellere Gesetz und § 111 als *lex generalis* auffasst. M. E. Mayer begründet seine Ansicht mit folgenden Worten: „Zunächst müssen wir das Plus, das dem § 110 seinen

[1]) Vertreten von Meyer-Allfeld 659; Binding II 2, 853; Berner 387; John H. H. 3, 102; Merkel 389; Geyer II 136; E. IV. 106, VIII 321.

[2]) M. E. Mayer 380 ff.

spezialisierten Inhalt gibt, ins Auge fassen. Es gehört dem psychischen Tatbestand an und hat qualifizierende Bedeutung. Der nach § 111 erforderliche Vorsatz besteht aus dem Willen, eine strafbare Handlung herbeizuführen und unterscheidet sich von dem subjektiven Tatbestand des § 110 dadurch, dass die strafbare Handlung, zu der aufgefordert wird, um ihrer selbst willen nicht als ein Mittel gegen den Rechtssatz zu demonstrieren gewollt wird."

„Die öffentliche Aufforderung, die nach dem Vorsatz ihres Urhebers einen Angriff auf das von dem bestimmten Strafgesetz geschützte Interesse herbeiführen soll, unterfällt dem § 111; diejenige Aufforderung, die nach dem Vorsatz des Aufforderers nicht bloss einen Angriff auf das durch ein bestimmtes Gesetz geschütztes Interesse, sondern darüber hinaus einen Angriff auf die Autorität des Gesetzes veranlassen soll, unterfällt dem § 110. Das Verhältnis der beiden Satzungen ist also dem zwischen Mord und Totschlag sehr ähnlich; wie der Mord ein durch psychische Momente qualifizierter Totschlag ist, so ist die Aufforderung zum Ungehorsam gegen das Strafgesetz eine durch subjektive Merkmale qualifizierte Aufforderung zur Begehung einer strafbaren Handlung. Der § 111 ist daher nach Analogie des § 212 etwa zu lesen: „Wer öffentlich vor einer Menschenmenge usw. zur Begehung einer strafbaren Handlung auffordert, wird, wenn er die Aufforderung nicht mit dem Vorsatz, einen Angriff auf die Autorität des Gesetzes herbeizuführen, hat ergehen lassen, bestraft und zwar, wenn die Aufforderung ohne Erfolg geblieben ist usw."

„Unsere Auslegung findet auch darin eine gewisse Bestätigung, dass das Angriffsobjekt, dem der § 111 Schutz gibt, nur ganz allgemein als irgend ein strafrechtlich geschütztes Rechtsgut bezeichnet werden kann, während das des § 110 speziell die Autorität der Rechtsordnung ist. Es ist nämlich jede nach § 111 strafbare Aufforderung in erster Linie ein (mittelbarer) Angriff auf das durch die provozierte Handlung verletzte oder gefährdete Rechtsgut, weil die Aufforderung entweder der Anstiftung oder einem Versuch der Anstiftung gleichsteht. Die Autorität des Gesetzes kann man höchstens als ein sekundäres Angriffsobjekt des § 110 bezeichnen und muss es tun, weil die Oeffentlichkeit der Begehung der Aufforderung eine Bedeutung gibt, die durch die Beziehung auf das Angriffsobjekt der provozierten Handlung nicht erschöpft wird. Für die Aufforderung des § 110 sind aber ge-

rade umgekehrt die unpersönlichen Grundlagen der Rechtsordnung das primäre und die einzelnen, von der Rechtsordnung anerkannten Interessen das sekundäre Angriffsobjekt. So erweist auch der systematische Charakter der beiden Delikte den § 111 als das allgemeine und den § 110 als das besondere."

Wir wollen uns gleich mit der zuletzt genannten Ansicht beschäftigen, welche wir mit folgenden Gründen *ad absurdum* führen möchten. Zunächst muss behauptet werden, dass sich hier eine gegenseitige Abwägung auf ein plus oder minus in der von M. E. Mayer beabsichtigten Weise gar nicht durchführen lässt, da wir es nicht mit gleichartigen, nicht einmal mit ähnlichen, sondern mit absolut verschiedenen Merkmalen zu tun haben. Es kann allerdings nicht bestritten werden, dass die beiden §§ 110 und 111 den Begriff „Aufforderung" gemeinsam haben. Ebenso kann der Fall eintreten, dass der Erfolg in beiden Delikten die Verletzung eines Rechtsguts sein kann. Allein die Voraussetzung für den Fall der Spezialität, das Vorhandensein oder vielleicht nur die Möglichkeit der Konstruktion eines normalen Deliktstatbestandes, aus dem die beiden Paragraphen oder wenigstens nur einer von ihnen abgesondert werden kann und dann als *delictum sui generis* erscheint, ist ausgeschlossen. Der zur Verständlichmachung seiner Ansicht von M. E. Mayer angestellte Vergleich zwischen dem Verhältnis von § 211 zu 212 und 110 zu 111 hinkt nicht nur, sondern scheint mir überhaupt als unmöglich. Hier haben wir als Hauptdelikt die Tötung eines Menschen mit Vorsatz und den Mord als den spezielleren Fall, nämlich des Totschlags, der nicht mit Vorsatz, sondern mit Vorsatz und Ueberlegung ausgeführt wurde. Bei dem Verhältnis von § 110 zu § 111 können wir weder den einen, noch den andern Paragraphen als den normalen Deliktstatbestand bezeichnen, auch wenn wir nur den psychischen Tatbestand, der schon von vornherein bestritten ist, vergleichen. In § 110 ist er die bewusste und gewollte Veranlassung zum Ungehorsam gegen Gesetze und in § 111 ist der subjektive Tatbestand die Aufforderung zu einer strafbaren Handlung. In beiden Paragraphen handelt es sich jeweils um ein anderes Delikt.

Wenn wir, wie M. E. Mayer, argumentieren, so hiesse das, das Wesentliche, d. h. das, worauf es in den beiden Paragraphen ankommt, verkennen. Er geht aus von dem eventuellen Erfolg und sagt, in beiden Paragraphen haben wir einen Angriff auf

das durch bestimmte Strafgesetze geschützte Interesse. In § 110 sei aber noch ein Angriff darüber hinaus auf die gebietende Macht des Gesetzes enthalten und dieses *plus* mache den § 110 zur *lex generalis*.

Gerade umgekehrt müssen wir hier deduzieren und müssen den Hauptfehler vermeiden, die primäre und singuläre Richtung der beiden Tatbestände der §§ 110 und 111 zu verwechseln[1]), oder wenigstens nicht scharf auseinander zu halten. Wir müssen sowohl die Ansicht von M. E. Mayer als auch die zuerst behandelte und ihr entgegengesetzte verneinen.

Der Tatbestand des § 110 ist erfüllt, wenn der Täter zum Ungehorsam gegen Gesetze, also auch gegen Strafgesetze auffordert, wenn er mit dem Vorsatz aufgefordert hat, eine oder mehrere Personen zum Ungehorsam zu veranlassen. Er will nur die event. ganz allgemeine Verletzung der im Strafgesetz enthaltenen Pflicht zum Gehorsam gegen den Staat. Es genügt, wenn er in seinen aufreizenden Worten zu der Zuwiderhandlung gegen das Gebot oder Verbot auffordert. Der Tatbestand des § 110 schützt die abstrakte staatliche Macht. Die Verletzung irgend eines konkreten Rechtsgutes, eines rechtlichen Interesses ist ihm gleichgiltig. Die Autorität des Staates und der gesetzgebenden Macht soll durch das Verhalten des Täters missachtet und untergraben werden. Die event. infolge der Aufforderung begangene strafbare Handlung ist für den objektiven Tatbestand vollständig unwesentlich. Es genügt zur Anwendung des § 110 der Nachweis, dass der Inhalt der Aufforderung dem in § 3 ff. der Abhandlung erörterten Ungehorsam entspricht.

Ganz anders verhält es sich mit § 111. Hier wird bestraft die Aufforderung zu einer strafbaren Handlung. In diesem Falle enthält die Willensäusserung den Versuch, den Adressaten zu einer konkreten strafbaren Handlung zu veranlassen. Die Verletzung eines konkreten Rechtsguts, eines rechtlichen Interesses, die durch

[1]) Dies erkennt M. E. Mayer wohl richtig bezügl. des Zweckes (Schutzes) und Motives der beiden §§ 110 und 111. Nicht aber hinsichtlich der subjektiven Tatseite. Nach letzterer hätten beide Paragraphen gemeinsam Verletzung eines Rechtsguts. Dies ist wohl bei § 111 primär, bei § 110 dagegen nur event. möglich.

[2]) Vertreten von Olshausen § 109, c; v. Liszt 570; Frank § 111, 1; Hälschner II, 796; Oppenhoff-Delius § 111 Nr. 2; Rüdorff-Stenglein § 110 Nr. 14; Klöppel 399, 409, 410; E. X., 296, XXI, 355, XXXIX, 387.

das St. G. B. schon mit Strafe bedroht wird, ist Gegenstand des Delikts. Hier handelt es sich um die Rechte eines Dritten, um Leben, Eigentum u. s. w. Die Verletzung der Gehorsamspflicht gehört nicht zum Vorsatz des Täters.

Wir haben daher mit der herrschenden Ansicht zwei vollständig verschiedene Delikte vor uns, die in keinem strafrechtlich relevanten Verhältnis zu einander stehen; dabei kann der in beiden Paragraphen enthaltene Begriff „Aufforderung" als nicht entscheidend bezeichnet werden. Auch dem Verhältnis der Strafdrohungen in den beiden §§ 110 und 111 Abs. 2 wird diese Auffassung gerecht. Im Falle des § 110 ist die Gefahr eine viel grössere und die Aufforderung eine staatsgefährdende, da durch sie die Rechtsordnung überhaupt ignoriert wird. Somit ist auch das Strafmass ein höheres, bis zu 2 Jahren Gefängnis. Im Falle des § 111 Abs. 2 ist der Inhalt der Aufforderung nur eine konkretisierte und spezialisierte Handlung und daher die Gefährdung schon durch die Aufforderung auf einen bestimmten Kreis begrenzt. Die Höhe der Strafe geht hier nur bis zu 1 Jahr Gefängnis. Das Rechtsgut an sich, das verletzt wird, ist nicht entscheidend für dieses Verhältnis, sondern die Art und Weise der Gefährdung desselben ist ausschlaggebend. Aus dem Ausgeführten und der hier vertretenen Ansicht ergibt sich auch der Grund, weshalb die Frage der Anstiftung nicht weiter in Betracht kommt. Bei der Anstiftung im technischen Sinn handelt es sich immer um eine bereits unter Strafe gestellte Handlung, bei der Aufforderung zum Ungehorsam gegen Gesetze dagegen um die Verletzung der Gehorsamspflicht.

Im Falle des Zusammentreffens von §§ 110 und 111 in ein und derselben Aufforderung kommt § 73 R. St. G. B. (Idealkonkurrenz) zur Anwendung.

§ 14. Streik, Anarchismus und § 110.

Am Schlusse dieses Kapitels möchte ich noch einen Blick werfen in Gebiete, für welche § 110 erst allmählich Geltung bekam oder besser gesagt, die in § 110 verborgen lagen und deren Tatbestände erst entdeckt wurden, nämlich der Streik und der Anarchismus.

Gegen die Uebermacht des erdrückenden Kapitalismus und der Grossunternehmer ist der einzelne Arbeiter zu schwach, um

aus eigener Initiative, durch seine individuelle Kraft seine soziale Lage zu verbessern. Er ist ein willenloses Werkzeug, der Willkür des Arbeitgebers preisgegeben. Auf diese Lage des Arbeiters haben im Anfang des 19. Jahrhunderts besonders Marx und Lasalle hingewiesen und zugleich Mittel und Wege gezeigt, um dem Arbeiter im Kampfe gegen das Kapital eine Waffe in die Hand zu drücken. Die Stärke des Arbeiters liegt im engeren Zusammenschluss und in dem Solidaritätsgefühl, welches besonders im Kampfe um Erreichung gemeinsamer Vorteile in den Vordergrund tritt.

Die Staatsansicht und die Gesetzgebung waren diesem Zusammenschluss aber nicht hold gesinnt und wollten seine sozialpolitische Bedeutung als staatsgefährdend verneinen. Im Laufe der Zeit und in dem immer mehr wachsenden sozialen Kampf wurde die Notwendigkeit der Stärkung des arbeitenden Proletariats gegen die eiserne Macht des Kapitalismus eingesehen und die bestehenden gesetzlichen Verbote und Schranken, welche die Vereinigung und den Zusammenschluss der Arbeiter unterdrückten, fielen allmählich.

Vor allem war es der Lohnkampf und die damit verbundene Verbesserung der Arbeitsbedingungen, welche das Hauptmotiv für die Koalition und das Gewerkschaftswesen der modernen Arbeiterschaft wurde. Die Gewerbeordnung, die in ihrer ursprünglichen Fassung am 21. Juni 1869 für das ganze Bundesgebiet publiziert wurde, enthielt in § 152 die Aufhebung aller Verbote und Strafbestimmungen, welche die Vereinigung und Verabredung zur Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen, insbesondere mittels Einstellung der Arbeit oder Entlassung der Arbeiter möglich machte. Mit dieser Bestimmung war die Freiheit der Koalition ohne Gefahr der Bestrafung von Staats wegen gesichert und zugleich dem Arbeiter gestattet, die rechtmässige Arbeitseinstellung zu dem angeführten Zweck zu vollziehen. Die Arbeiterschutzgesetznovelle von 1890 beseitigte jede Bestrafung der Koalition zum Zwecke der Arbeitseinstellung auch durch Vertragsbruch.[1])

Das R. G. sah sich aber trotzdem gewungen, eine Möglichkeit zu finden, um der Koalitionsfreiheit im Sinne des § 152 der

[1]) Ueber die in § 152 R. G. O. enthaltene Streitfrage, welche durch die Arbeiterschutzgesetznovelle vom 1. Juni 1890 ihre Erledigung gefunden hat, vergl. Hurwicz 38 und die dort angeführte Literatur.

R.G.O. durch Bestrafung eine Schranke zu setzen und sah in dem Kautschouktatbestand des § 110 das hiefür geeignete Mittel.

Daneben bemüht sich Rossmann, zur Unterstützung des R.G. den Beweis zu erbringen, dass zwischen der Aufforderung zum Streik und der Aufforderung zur Verabredung und Vereinigung zum Behufe der Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen, insbesonders mittels Einstellung der Arbeit, ein solcher Unterschied bestehe, dass zum Streik aufgefordert werden könne, ohne dass darin eine Verabredung oder Vereinigung im obigen Sinne enthalten sein müsse.

Gegen letzteren möchte ich zunächst ausführen, dass wir es im Falle der öffentlichen Aufforderung zum Arbeitsvertragsbruch, von wem sie auch ausgehe, mit einem der in § 152 R.G.O. aufgeführten Mittel oder einer Vorverhandlung zu tun haben. Diese Ansicht finde ich auch gerechtfertigt und bestätigt durch eine, allerdings der neueren Zeit entstammende Auffassung des R.G. Dieses führt in E. XXIV, 128 aus:

„In § 152 R.G.O. sind durch die Aufhebung aller darin bezeichneten Verbote und Strafbestimmungen Verabredungen und Vereinigungen gewerblicher Gehilfen, Gesellen oder Fabrikarbeiter, denen die anderen in der Gewerbeordnung ihnen soweit gleichgestellten Arbeitnehmer hinzutreten, zur Erlangung günstiger Lohn- oder Arbeitsbedingungen, insbesondere mittels Einstellung der Arbeit auch für die Zukunft für straflos und erlaubt erklärt. Straflos ist also nicht nur der erste Abschluss der Verabredung, der Vereinigung mehrerer, einschliesslich aller Vorverhandlungen, welche dies Ergebnis haben sollen, sondern auch die Ausdehnung der abgeschlossenen Verabredung oder Vereinigung auf andere, weil darin ebenfalls eine Verabredung oder Vereinigung zwischen den bereits zusammengeschlossenen und den neu hinzutretenden liegt, ferner die Aufrechterhaltung des durch den Zusammenschluss geschaffenen Zustandes, weil durch die Straflosigkeit der Vereinbarung auch deren Erfüllung straflos wird. Straflos ist also vor und während der Arbeitseinstellung die Beratung über die zur Erlangung eines günstigen Arbeitsvertrages einzuschlagenden Massregeln; die Einwirkung auf den Willen anderer dahin, dass diese an der Verabredung teilnehmen und ihnen Folge leisten (vorbehaltlich der Beschränkung in § 153 R.G.O.); die Beeinflussung, um bei Anhängern Einwirkungen im entgegengesetzten Sinne zu

verhindern, abzuschwächen oder wirkungslos zu machen, oder um Gegner oder Gleichgültige heranzuziehen, sei es durch Wort oder durch Schrift oder durch andere erlaubte Mittel, namentlich die Presse; die Ausführung der den gemeinsamen Zwecken dienenden Schritte, kurz die Vornahme aller Handlungen, welche die Herbeiführung, Fortdauer oder Unterstützung der Verabredung oder Vereinigung zu dienen bestimmt sind, notwendigerweise mit Einschluss des das Werben von Anhängern vorbereitenden Aufsuchens von Gelegenheit dazu. Denn diese sich als Vorbereitung der strafbaren Verabredungen darstellenden Handlungen können nicht strafbar sein, wenn die Ausführung selbst straflos ist."

Die öffentliche Aufforderung zum Arbeitsvertragsbruch ist sicher diesen Handlungen gleichzustellen, durch welche die Verabredung oder Vereinigung herbeigeführt wird. Sie muss also, wenn sie zu dem in § 152 R.G.O. enthaltenen Zwecke erfolgt, straflos bleiben. Die natürliche Erscheinung bei Streik überhaupt wird stets die sein, dass das Zustandekommen der Arbeitseinstellung nicht urplötzlich aus der stillschweigenden Uebereinstimmung des Willens der einzelnen Arbeiter entspringt, sondern in der Mehrheit der Fälle werden es einige oder nur einer sein, welche die günstige Gelegenheit dazu erfassen und benützen, um die übrigen zur Einstellung der Arbeit zu veranlassen.

Doch abgesehen von der Bedeutung des § 152 R.G.O. ist, wie schon weiter oben darauf hingewiesen wurde, die Aufforderung zum Streik, d. h. zum Arbeitsvertragsbruch, in man kann sagen beinahe allen Fällen nicht eine Aufforderung der Arbeiter mit dem Inhalte, die Autorität des Gesetzes zu verletzen oder das Gesetz schlechthin, sondern es ist eine solche Einwirkung auf den Willen der Arbeiter in ihrem eigenen Interesse und entgegen dem der Arbeitgeber, den geschlossenen Arbeitsvertrag zu brechen, um auf die Arbeitgeber einen Druck auszuüben, der dahin geht, dieselben zu zwingen, um den Betrieb weiterführen zu können, die Arbeitslöhne und Bedingungen zu verbessern und zu erhöhen. Von der Erfüllung dieser Bedingungen machen die Arbeiter andererseits die Wiederaufnahme der Arbeit abhängig. Nicht um den Staat handelt es sich hier, um das Gesetz oder den Gesetzgeber, sondern um Privatinteressen, um einen wirtschaftlichen Kampf mit erlaubten Mitteln. Besonders die oben zitierten Entscheidungen des R.G.[1])

[1]) Siehe oben S. 33 ff. und 37 der Abhandlung.

enthalten keine Tatbestände, aus denen sich die vom R.G. verlangte Absicht entnehmen lässt.

Das R.G.[1]) hat dann allerdings, entgegen der oben angeführten Auffassung des § 110, die Aufforderung zum Arbeitsvertragsbruch bestraft, weil darin ein rechtswidriges Verhalten gesehen wurde. Bei der Betrachtung dieser Ansicht haben wir bereits darauf hingewiesen, dass Recht und Gehorsam bezw. Rechtswidrigkeit und Ungehorsam etwas verschiedenes sind und die Voraussetzung für § 110 Ungehorsam ist und nicht Rechtswidrigkeit.

Mit Recht wird in dieser Hinsicht auch von anderer Seite gegen die bereits vorhandenen Entscheidungen des R.G. Front gemacht.[2]) Dieses gegebene Recht der Koalitionsfreiheit und des Arbeitsvertragsbruchs zu dem angegebenen Zweck muss straffrei bleiben, wenn auch die Durchführung des Streiks nicht immer in seiner idealsten Form geschieht und die Schädigung weiterer wirtschaftlicher Interessen zur Folge haben kann. Der Arbeiter muss ein Mittel haben, um im sozialen Kampf die für ihn in Betracht kommenden und möglichen Vorteile zu erzwingen. Wenn bei diesen Kämpfen, welche die Oeffentlichkeit nicht unberührt lassen können, ab und zu Exzesse vorkommen, so werden sie gewöhnlich als eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und nicht zuletzt verkehrsstörend auftreten. Gegen diese Ausschreitungen gibt aber sowohl das R.St.G.B. wie die Polizeistrafgesetzbücher usw. genügend Mittel, um den Schutz und die Sicherheit der Oeffentlichkeit zu ermöglichen. Die öffentliche Aufforderung als nur vorbereitendes Mittel des Streiks muss aber bei der Erkämpfung besserer Lohnverhältnisse und Arbeitsbedingungen durch Streik in jedem Falle straffrei bleiben.

Auch alle übrigen öffentlichen Aufforderungen zu Arbeitsvertragsbrüchen, abgesehen von der speziellen Form des Streiks, müssen wir für straflos erklären und können sie nicht unter § 110 fassen. Wir verneinen jeden Ungehorsam gegen Privatrechtssätze überhaupt und müssen daher jede Aufforderung im Sinne des § 110 zum Vertragsbruch als nicht tatbestandsmässig bezeichnen.

Der Anarchismus, die krasseste Form der Negierung des Staatssystems und der Vertreter des gleichmachenden Kommunismus, erscheint nicht nur gefährlich durch seine Tat, sondern noch

[1]) E. XXI, S. 304.

[2]) So bes. Hurwicz 37 ff.; Loening 1183 ff.

mehr durch seine Propaganda in Wort und Schrift.[1]) Zur Bekämpfung dieser Propaganda soll auch § 110 ein wirksames Mittel sein. An und für sich fällt auch hier die Aufforderung zum Ungehorsam gegen die Gesetze unter § 110. Es ist aber das Hauptbestreben der Gesetzgebung darauf gerichtet, die indirekte Willensbeeinflussung durch § 110 zu bestrafen. Die besonderen Formen psychischer Einwirkung auf andere, die Anreizung, Anpreisung und besonders die Glorifizierung von Verbrechen sollen in § 110 ebenfalls enthalten sein. Die bisher gemachten Versuche, den Begriff „Aufforderung" noch mehr zu spezialisieren, sind misslungen. Besonders die Umsturzvorlage des Jahres 1894 machte den wiederholten Versuch, die oben genannten Begriffe in den Tatbestand des § 110 aufzunehmen. Die Gefahr, welche besonders durch die Verherrlichung bereits begangener Delikte hervorgerufen wird und imstande ist, die Begehung von weiteren Verbrechen zu verursachen, ist mit Recht jederzeit erkannt worden. Allein gegen die Bestrafung der angeführten Willensäusserungen sind auch starke Gegenargumente ins Feld geführt worden, welche bisher diese Abänderungsversuche ins Wasser fallen liessen.[2])

[1]) Vergl. hierzu M. E. Mayer, 372 ff., 419 ff.

[2]) Bei der Bekämpfung des Anarchismus wird wohl § 111 häufiger in Betracht kommen. Vergl. Anm. 1 S. 7 der Abhandlung.

III Kapitel.

Künftiges Recht.

§ 15. Die Stellung des § 110 im Vorentwurf und Gegenentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch.

Die Reform unseres geltenden St. G. B., die sich als ein dringendes Bedürfnis unserer modernen Rechtspflege erweist, hat bereits verschiedene Leitmotive hervorgerufen, welche teils aus autoritativer Veranlassung, teils aus privater Initiative entsprungen sind. Es ist dies der von einer bestellten sachverständigen Kommission bearbeitete Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch vom Jahre 1909. Sein Erscheinen gab sodann die Veranlassung zu einem Gegenentwurf, von Theoretikern herausgegeben.

Um dieselbe Zeit erschien auch in Oesterreich und in der Schweiz, wo ebenfalls eine Reform des geltenden Rechts beabsichtigt wird, je ein Vorentwurf zu einem Strafgesetzbuch mit entsprechender Begründung.

Sowohl die Grundgedanken in ihrer Gesamtheit als die einzelnen Materien dieser Entwürfe haben bereits juristische Stimmen in ziemlicher Zahl laut werden lassen. Für unseren § 110 kommen besonders in Betracht als juristische Besprechungen die Abhandlungen von Goldschmidt, Hurwicz, F. R. Kitzinger und vor dem Vorentwurf M. E. Mayer. Die politischen Besprechungen finden wir in den Organen derjenigen Partei am meisten widerhallen, die schon durch die Novelle von 1894 sich getroffen fühlte, der sozialistischen. Hier sind es vor allem Weinberg[1]) in der „Neuen Zeit“,

[1]) Weinberg, Neue Zeit vom 11. Febr. 1910; Weinberg, die Arbeiterklasse und der Strafgesetzentwurf, Stuttgart 1910.

Lang[1]) in den „Sozialistischen Monatsheften“. Daneben ist noch zu erwähnen Heine[2]) im „März“.

Was zunächst die Neuerungen anlangt, welche im V. E. bezüglich des § 110 geschaffen worden sind, so ist in gesetzestechnischer Hinsicht eine wesentliche Veränderung zu konstatieren. Der § 110 wurde ebenso wie § 111 aus dem 6. Abschnitt „Widerstand gegen die Staatsgewalt“ entfernt und zusammengefasst als ein § 131 in den 7. Abschnitt „Verbrechen und Vergehen gegen die öffentliche Ordnung“ des V. E. mit dem Stichwort „Aufwiegelung“ gesetzt.

Diese Aufwiegelung kann begangen werden nicht nur durch Aufforderung, sondern durch Aufreizen und Verherrlichen eines begangenen Verbrechens. Die Art und Weise der Aufforderung ist dadurch erweitert, dass schon jedes öffentliche Auffordern genügt; eine Menschenmenge ist nicht erforderlich. Eine Neuerung ist auch die Aufnahme des Gefährdungsbegriffs in den Tatbestand, sowie die speziellere Bezeichnung der strafbaren Handlungen, welche veranlasst werden sollen durch die Worte „Verbrechen und Vergehen“. Der frühere Wortlaut: „Wer durch Verbreiten oder öffentlichen Anschlag oder öffentliche Ausstellung von Schriften oder anderen Darstellungen . . . auffordert“ ist vereinfacht worden und lautet jetzt nur noch: „Wer durch Verbreiten von Schriften, Abbildungen oder Darstellungen . . . auffordert.“

Der Begriff „Ungehorsam“ ist umgewandelt in den Begriff „Auflehnung“ und die Strafart ist um die Haftstrafe[3]) erweitert. Das Strafmass ist erhöht bezüglich der Geldstrafe auf 2000 Mark.

Wenn wir zu diesem § 131 des V. E. Stellung nehmen wollen, so müssen wir uns zuerst fragen, wollen und sollen wir den § 110 R. St. G. B. oder eine ähnliche Bestimmung in das neue Strafgesetzbuch überhaupt aufnehmen? Dass diese Frage nicht ganz selbstverständlich ist, beweist die Tatsache, dass in der geringen Zahl der Literatur, welche hier in Betracht kommt, bereits ein Für und Wider zu finden ist.

M. E. Mayer[4]) neigt in seinen Ausführungen *de lege ferenda*

[1]) Lang, Sozialistische Monatshefte vom 24. Febr. 1910.

[2]) Heine, im „März“, Jahrgang 1909, S. 417.

[3]) Der V. E. lässt schon an sich eine höhere Haftstrafe zu, vergl. § 19 V. E. Daher ist auch in § 131 V. E. die Erweiterung der Haftstrafe bis zu 2 Jahren möglich.

[4]) M. E. Mayer, 371 ff.

zur Befürwortung der Streichung des § 110, weil die Verurteilung nach § 110 nur eine ganz seltene sein könne. Dem Bürger sei die unpersönliche Grundlage der Rechtsordnung im allgemeinen unbekannt oder gleichgiltig; wenn er am Rechte Kritik übe, so wende er sich regelmässig gegen die Entscheidung des Einzelfalls. M. E. Mayer macht seine Ansicht aber noch besonders von der Bedingung abhängig, ob man die Aufforderung zum Arbeitsvertragsbruch unter Strafe stellen will oder nicht.

Selbstverständlich greift die sozialistische Literatur[1]) gleich zur radikalsten Veränderung des § 110, nämlich zu seiner Streichung.

Diesem Standpunkt tritt mit Recht Goldschmidt[2]) entgegen, der besonders hervorhebt, dass die Zahl der Verurteilungen auf Grund des § 110 nicht eine ganz seltene in der von M. E. Mayer ausgesprochenen Allgemeinheit sei.

„Diese Vorschrift ist nicht entbehrlich, denn es genügt nicht nur, den dem Staate wirklich geleisteten Widerstand zu strafen, sondern es gilt auch Vorkehrungen zu treffen gegen diejenigen, welche durch Verhetzung und Aufreizung Widerstand oder doch wenigstens eine dazu geeignete Stimmung hervorrufen und wegen der in ihrer Tragweite oft unberechenbaren Wirkung ihrer Handlung der öffentlichen Ordnung nicht selten gefährlicher werden, als die Widerstandleistenden selbst."

„In dieser Erkenntnis haben schon vor dem R. St. G. B. alle deutschen Partikularrechte ungefähr entsprechende Bestimmungen gehabt."[3])

Oesterreich hat eine dem § 110 analoge Bestimmung in den O. V. E. aufgenommen in § 163. Der Schweizerische V. E. dagegen enthält ebenso wie das geltende schweizerische Recht keinen derartigen Tatbestand. In dem gegen den deutschen V. E. erlassenen G. E. ist der Grundgedanke in § 142 enthalten.

Die nächste Frage, welche unmittelbar an das Vorhergehende anknüpft, wird dann lauten: „Wenn wir § 110 in den Tatbestand

[1]) Otto Lang, in den Sozial. Monatsheften, Jahrg. 1910, Bd. 1, 272.

[2]) Goldschmidt 76; im Jahre 1907 seien es z. B. 272 Verurteilungen gewesen. Welche Tatbestände hier zugrunde lagen und ob diese alle im Sinne des R. G. entschieden wurden, kann nicht festgestellt werden.

[3]) Begründungen zum V. E., S. 478. Auch das geltende österr. Strafgesetzbuch enthält in § 65 b eine unserem § 110 ähnliche Bestimmung; das schweizerische Bundesstrafrecht dagegen bestraft in Art. 48 nur die öffentl. Aufreizung zum Hochverrat und den Aufruhr und hat damit ein besonderes Mittel gegen den Anarchismus geschaffen.

aufnehmen, welchen Zweck hat er und welche Veränderung muss er unter Umständen erfahren?“ Sollen wir § 110 in seiner alten Form beibehalten? Was wollen wir und was müssen wir bestrafen?

Ueber das Motiv und den Zweck der Strafbestimmung, sowohl bezüglich der Normierung des § 110 R.St.G.B. als des § 131 V.E. sind die Ansichten in Theorie und Praxis einig. Es muss die Autorität der Gesetze, die Grundlage des ganzen Staatsgebäudes geschützt werden.

Die Art und Weise aber, wie die Gefährdung der gesetzlichen Ordnung geschieht und woraus sich dann die Feststellung des Tatbestandes ergibt, kann eine verschiedene sein. Wie wir in den Ausführungen über das geltende Recht dargelegt haben, hat in § 110 der Gesetzgeber die Gefährdung in der Aufforderung zum Ungehorsam gegen den in dem konkreten Gesetz enthaltenen autoritativen Imperativ gefunden. Dieser Fassung des Tatbestandes entspricht der Wortlaut und die Interpretation des § 163 O.V.E. Die Begründungen[1]) hierzu weisen besonders darauf hin, „dass unter Aufwiegelung die Aufforderung Pflichten nicht zu erfüllen, die sich aus einem Gesetze, einer Verordnung, Anordnung, einer öffentlichen Behörde oder einer Dienstvorschrift ergeben, das Anpreisen dieser Gesetzwidrigkeiten und Pflichtverletzungen und das Gründen und Fördern von Verbindungen, die den Zweck verfolgen, solche Pflichten nicht zu erfüllen, zu verstehen sei.“

Der Vorentwurf, wie der Gegenentwurf glauben den über § 110 herrschenden Streit dadurch aus der Welt geschafft zu haben, dass der V.E. den Tatbestand so formuliert: „Wer die gesetzliche Ordnung dadurch gefährdet, dass er zur Auflehnung gegen Gesetze . . . . auffordert oder aufreizt,“ der G.E. dagegen begnügt sich mit der blossen Auflehnung gegen Gesetze.

Goldschmidt hält diese Fassung des Tatbestandes für eine der herrschenden Ansicht am meisten gerecht werdende, welche alle gesetzlichen Pflichtgebote als Objekt des Strafschutzes des § 131 bezeichnet, freilich eben nur ihre Autorität *in abstrakto* und nicht *in concreto*.

M.E. hat der V.E. und G.E. durch die §§ 131 und 142 keine Klarheit geschaffen. Man ist nur bemüht, einen solchen Tatbestand zu formulieren, der alle Gesetze, besonders auch die Privatrechtssätze trifft.

[1]) Bemerkungen zum O. V. E., S. 185.

Allein der Begriff „Aufforderung zur Auflehnung gegen Gesetze“ usw. ist trotz der Motivierung durch die Begründungen[1]) und der Aufnahme des Gefährdungsbegriffs in den Tatbestand noch dehnbarer und geeignet die Zahl der Streitfragen zu vermehren. Der jetzige Begriff „Ungehorsam“ lässt sich wenigstens durch das Positivum, den Gehorsam definieren, der Anfang der Auflehnung dagegen ist kaum allgemein festzustellen.

Durch die Aufforderung zur Auflehnung wird ebenfalls versucht, den Adressaten zu einem Tun oder Unterlassen zu veranlassen; man will ebenfalls eine Handlung des Aufgeforderten, die aber aus dem Begriff Auflehnung nicht ersichtlich ist.

Für die Art und Weise, in welcher das Delikt begangen werden soll, ist besonders *de lege ferenda* von Bedeutung, ob wir Tatbestände schaffen wollen, welche alle möglichen Fälle in dem objektiven Tatbestand erschöpfend aufzählen, oder ob wir frei von aller Kasuistik nur einen Umriss geben wollen und das weitere ins Ermessen des Richters stellen.

Der § 131 hat neben den Begriff „auffordern“ den Begriff „aufreizen“ gestellt; der V. E. schliesst sich somit nicht der oben[2]) ausgeführten Meinung an, dass das Aufreizen im Auffordern enthalten ist, sondern die Begründungen zum V. E. unterscheiden zwischen Auffordern und Aufreizen, „weil letzteres besonders mehr ein indirektes Einwirken auf die Leidenschaft des andern sei, bei der die Absicht der Anstiftung möglichst verborgen und der Anschein freier Entschliessung auf seiten des Anstiftenden gewahrt bleibt. Diese Erweiterung sei auch deshalb notwendig, weil gerade die geschicktesten und gefährlichsten Volksaufwiegler die Form der Aufforderung zu vermeiden und dafür die der bisher straflosen Anreizung zu wählen verstehen.“[3])

Mit Recht sind dagegen im G. E. alle die von der Begründung zum V. E. so sehr betonten Begriffe „Aufreizen und Verherrlichen“ weggelassen worden, wofür besonders auch Goldschmidt[4]) plädierte. Sämtliche politischen Abhandlungen über den V. E. wehren sich mit den schärfsten Worten der Entrüstung gegen diese „Reminiszenz der Umsturzvorlage“[5]) und aus den Kämpfen im Reichstag

[1]) Begründungen zum V. E., S. 480.
[2]) Siehe oben S. 44 der Abhandlung.
[3]) Begründungen z. V. E., S. 428 und 478.
[4]) Goldschmidt, 67 ff.
[5]) Weinberg, Arbeiterklasse und Strafgesetzentwurf, S. 32.

im Jahre 1894/95 können wohl genügend Schlüsse gezogen werden, welche Erfolge und Resultate die wiederholte Beratung dieser Begriffe ergeben wird.

Ich möchte vorschlagen, sowohl das Anreizen, als auch die Aufforderung überhaupt, nicht mehr in den Tatbestand aufzunehmen, das Delikt überhaupt nicht mehr durch eine die Anstiftung deutlich zum Ausdruck bringende Tätigkeit begehen zu lassen. Wenn wir die Handlung des Täters allein als gefährlich betrachten und von jedem genaueren Inhalt der gewollten Handlung und ihrer prädestinierten Wirkung, ebenso von jedem Erfolg absehen, ist es auch möglich einen Ausdruck zu finden, welcher die Bestrafung der Gefährdung der Rechtsordnung deutlicher zum Ausdruck bringt.

Da wir bereits in § 110 R.St.G.B. von der event. Wirkung der Aufforderung die Vollendung des Delikts nicht abhängig machten und der Erfolg der Aufforderung gleichgiltig war, so können wir *de lege ferenda* die Tat noch mehr auf die subjektive Seite des Täters beschränken und ganz allein seine Handlung, die in der Kundgebung eines verbrecherischen Willens und in der in § 110 bereits genannten Art und Weise geschehen soll, als staatsgefährdend bezeichnen und deshalb bestrafen. Die Willensäusserung braucht sich nicht an bestimmte Personen zu richten, die dann eine entsprechende mögliche konkrete Handlung begehen sollen, sondern das Setzen einer Bedingung, aus welcher die event. Möglichkeit einer oder mehrerer konkreten Taten entspringen kann, ist ein genügender Grund zur Bestrafung. Dadurch wird § 110 immer mehr zum echten Gefährdungsdelikt im technischen Sinn. Wir müssen dann dem Tatbestand ungefähr die Form geben: „Wer durch . . . . verkündet und lehrt, dass die Gesetze, Verordnungen . . . nicht verbindlich und nicht zu beachten seien und dadurch die gesetzliche Ordnung gefährdet, wird bestraft".

Damit wäre erreicht, dass wir die Bestrafung von jeder Wirkung dieser Kundgebung auf die Allgemeinheit unabhängig zum Ausdruck und zugleich die ganze Streitfrage über die Begriffe „Ungehorsam, Auflehnung" usw., sowie über das Verhältnis von § 110 zu § 111 R.St.G.B. *de lege ferenda* beseitigt hätten. Der wirksamste Erfolg wäre aber, dass das Mittel, wodurch die Autorität des Gesetzes gefährdet wird, im Tatbestand unzweideutig ausgesprochen wäre. Wir hätten dadurch zugleich auch die Privatrechts-

sätze, wie überhaupt die ganze Rechtsordnung unter den Schutz dieses Paragraphen gestellt und deutlich zum Ausdruck gebracht, dass die Aufforderung zum Streik sowie zum Arbeitsvertragsbruch überhaupt nicht mit Strafe bedroht werden soll. Es wäre zugleich eine leicht zu handhabende Strafbestimmung gegen den Anarchismus geschaffen.

Den Gefährdungsbegriff, den Goldschmidt, sowie der G.E. und O.V.E. nicht aufnehmen, möchte ich mit Rücksicht auf die in den Begründungen zum Vorentwurf gemachten Ausführungen besonders wegen des erforderlichen Vorsatzes ebenfalls zum Tatbestandsmerkmal erheben.

Die einzelnen Tatumstände der Art und Weise dieser Aeusserungen möchte ich vorschlagen beizubehalten, wie sie in § 110 R.St.G.B. enthalten sind. Eine Abänderung wäre, wie schon oben (S. 50) ausgeführt, dahin zu machen, dass wir statt „öffentlich vor einer Menschenmenge“ setzen „wer öffentlich oder vor einer Menschenmenge“.

Der neue Paragraph würde dann ungefähr in seiner jetzigen Fassung lauten:

> „Wer in der Absicht, die gesetzliche Ordnung zu gefährden, öffentlich oder vor einer Menschenmenge oder wer durch Verbreiten oder öffentlichen Anschlag oder öffentliche Ausstellung von Schriften oder anderen Darstellungen kundgibt (verkündet, lehrt, mitteilt, oder einen ähnlichen Ausdruck), dass Gesetze, rechtsgiltige Verordnungen oder die von der Obrigkeit innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffenen Anordnungen nicht verbindlich und nicht zu beachten seien, wird mit Gefängnis bestraft.“

Die Höhe der Strafe ist, wie es im G.E. geschieht, ins Ermessen des Richters zu stellen und das Delikt nur mit Gefängnis zu bestrafen.“

Dieser Paragraph ist in dieser Form als § 131, getrennt von der öffentlichen Aufforderung zu einer strafbaren Handlung in den 7. Abschnitt des V. E. zu setzen, weil er nicht einen direkten Angriff auf die Staatsgewalt oder einen Widerstand gegen dieselbe enthält, sondern das Staatsleben, die öffentliche Ordnung und die Gesetzesgewalt überhaupt gefährdet. Der geeignete Platz für § 111 R.St.G.B. ist besser der Abschnitt über die Teilnahme, da die öffentliche Aufforderung zu einer strafbaren Handlung ebenfalls eine Art der Teilnahme ist.